

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFETIVIDADE MEDIANTE
AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

**CURITIBA
2012**

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFETIVIDADE MEDIANTE
AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial
à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

**CURITIBA
2012**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS

DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFETIVIDADE MEDIANTE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, agosto de 2012

AGRADECIMENTOS

*Quem quer passar além do Bojador,
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.*

Fernando Pessoa

A transposição do Bojador de que tratou o poeta é uma analogia bastante apropriada no que diz respeito a um trabalho acadêmico do porte de uma tese de doutoramento – inexorável desafio, somente passível de ser suplantado com o suporte e auxílio de verdadeiros companheiros de jornada.

Nessa qualidade, ofereço minha gratidão à Universidade Federal do Paraná – na pessoa de todos os servidores lotados na Secretaria da Pós-Graduação e dos professores que dedicam e dedicaram seu tempo para a administração do curso de doutorado e para a docência. Espero que o trabalho que apresento honre minimamente o prestígio que a instituição detém no universo acadêmico nacional, desejando sinceramente que possa prestar alguma utilidade social em proveito da causa do direito.

A Gloria Lucia Abduch Santos, razão do meu ser, parceira e amiga de todas as horas, entre tantas e incontáveis razões, por ter me introduzido ao pensamento dialético.

A Fernanda e Andressa, filhas queridas, por iluminarem permanentemente a alma, tornando a vida de beleza indizível.

A meus pais José Anacleto e Maria Helena, pelo incondicional amor.

À Professora Doutora Angela Cassia Costaldello, amiga orientadora que, com precisão técnica e sensibilidade, contribuiu para todos os acertos e méritos do trabalho. Equívocos e desacertos assumo-os integralmente como peculiares à falibilidade humana.

Aos amigos Julio Cezar Zem Cardozo e Valquiria Basseti Prochmann, pela compreensão e pelo apoio junto à Procuradoria Geral do Estado.

Aos amigos Professores Doutores Romeu Felipe Bacellar Filho, Juarez Freitas e Vera Karam, integrantes da banca de qualificação da tese, pelas inestimáveis colaborações ao trabalho.

Aos amigos Professores Doutores Celso Luiz Ludwig, Manoel Eduardo de Camargo e Gomes e Paulo Vieira Neto pelas precisas sugestões e contribuições acerca de Hegel, Habermas e Honneth.

Aos amigos Professores Doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini e Ubirajara Costódio Filho pelos incentivos permanentes.

Aos amigos Professores Mestres Tanya Kristyane Kozicki de Mello e José Mario Tafuri pela compreensão e pelo apoio junto ao UNICURITIBA.

RESUMO

O princípio da supremacia do interesse público tradicionalmente era reputado como estruturante para o Direito Público em geral e para o Direito Administrativo em especial. Inobstante passou a ser objeto de profundos questionamentos. Argumenta-se que, ao revés de contribuir para conferir legitimidade para a ação do Estado no desempenho da função administrativa, pode servir de instrumento para a violação de direitos fundamentais. A tese tem por objetivo demonstrar a possibilidade jurídica de deduzir o princípio da supremacia do interesse público da Constituição de 1988, bem como defender que é um instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Sugere-se ainda a superação de eventuais conflitos entre interesses públicos e direitos fundamentais por intermédio da racionalidade dialética hegeliana e a existência de interesses públicos de titularidade das gerações futuras com fundamento na teoria do reconhecimento de Hegel sob a perspectiva de Axel Honneth.

Palavras-chave: Interesse público. Supremacia. Direitos fundamentais. Função administrativa.

ABSTRACT

The principle of the public interest supremacy was traditionally reputed structural for Public Law in general and for the Administrative Law in particular. However, it becomes an object of deep questions. It is argued that, on the contrary contribute to confer legitimacy to state action in the performance of administrative functions, can serve as a tool for the violation of fundamental rights. The thesis aims to demonstrate the legal possibility of deducing the principle of supremacy of public interest on the 1988 Constitution and defend what is an effective instrument of fundamental rights. It is also suggested to overcome conflicts between public interests and fundamental rights through the Hegelian dialectic rationality and the existence of public ownership interests of the future generations based on Hegel's theory of recognition from the perspective of Axel Honneth.

Keywords: Public interest. Supremacy. Fundamental rights. Administrative function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	20
3 INTERESSE PÚBLICO: ELEMENTO CONSTANTE E HISTÓRICO NA VIDA EM SOCIEDADE	26
3.1 INTERESSE COMO VALOR JURÍDICO	26
3.2 INTERESSE PÚBLICO NA ANTIGUIDADE	30
3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE INTERESSE PÚBLICO NO MODELO FEUDAL E NOS MODELOS DE ESTADO ABSOLUTO, LIBERAL, SOCIAL	40
3.4 INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO PÓS-MODERNO: PÓS-MODERNIDADE NO ESTADO BRASILEIRO?	54
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS	59
4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA.....	59
4.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	65
4.3 AÇÃO ESTATAL DIRECIONADA À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEVER JURÍDICO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	69
5 INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROPÓSITOS FINALÍSTICOS DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	72
5.1 FUNDAMENTO DE VALIDADE DA AÇÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: JUSTIFICATIVA PARA O MANUSEIO DE PRERROGATIVAS DE PODER	72
5.2 INCOMPLETUDE DO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA LASTREADO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
5.3 DA DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A AÇÃO ESTATAL DESVINCULADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	93
5.4 INTERESSE PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DA AÇÃO DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	96
5.5 DISSOCIAÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE DO ESTADO (RAZÕES DE ESTADO) E REPERCUSSÃO DA DISTINÇÃO NO ÂMBITO DA LEGITIMIDADE DA AÇÃO ESTATAL: DISTINÇÃO IMPRESCINDÍVEL PARA A	

IDENTIFICAÇÃO DE ATOS DE ARBÍTRIO QUE VIOLAM DIREITOS FUNDAMENTAIS	102
6 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA AÇÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E DE EFETIVAÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	106
6.1 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO	106
6.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: NEGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS OU CATEGORIAS JURÍDICAS COMPLEMENTARES? RACIONALIDADE DIALÉTICA COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DO APARENTE ANTAGONISMO	115
6.3 INTERESSE PÚBLICO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UMA DIMENSÃO DE COMPROMISSO COM A SUSTENTABILIDADE NA SUA VERTENTE AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO.....	134
6.4 O CONTROLE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTOS DE FORMAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE PÚBLICO E DA NOÇÃO DE SUPREMACIA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	152
7 CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS.....	175

1 INTRODUÇÃO

A ideia de que em um grupo social coexistem interesses particulares, individuais ou de grupos determinados, e interesses que pertencem a toda a sociedade, ou ao menos a uma parcela significativa dela, há muito é objeto de reflexões de ordem filosófica, política e jurídica. Sob essa ótica, em abordagem introdutória, infere-se que, desde o reconhecimento da dicotomia interesse privado versus interesse público, a necessidade social de atender a determinadas demandas que transcendem e suplantam o espaço privado pode impor o condicionamento ou a restrição da liberdade particular. Há referência em doutrina quanto à necessidade do condicionamento da liberdade e dos interesses individuais privados em favor do interesse da coletividade em diversos tratados clássicos.

Platão, no Livro IV da obra “A República”, ao reproduzir o diálogo sobre a cidade ideal (Kalipolis), consignou que Sócrates, quando aludiu à felicidade dos guerreiros de Atenas, ponderou “não haver nada de extraordinário no fato de os nossos guerreiros serem felicíssimos assim, que, aliás, ao fundarmos a cidade, não tínhamos em vista tornar uma única classe eminentemente feliz, mas, tanto quanto possível, toda a cidade”¹. Na sequência do pensamento, Sócrates afirmou que

precisamos examinar se, ao instalarmos os nossos guardas, nos propomos torná-los tão felizes quanto possível ou se consideramos a felicidade de toda a cidade, caso em que devemos obrigar os auxiliares e os guardas a assegurá-la e convencê-los, assim como a todos os outros cidadãos, a desempenharem o melhor possível as funções de que são incumbidos; e, quando a cidade se tiver desenvolvido e estiver bem organizada, deixaremos que cada classe participe, de acordo com a sua natureza, da felicidade.²

Sócrates declarou, não obstante, que “quando a cidade se tiver desenvolvido e estiver bem organizada, deixaremos que cada classe participe, de acordo com a sua natureza, da felicidade”, sugerindo que a partilha da felicidade deveria ser precedida de um esforço coletivo para a melhora da *polis*. Pode-se deduzir que o

¹PLATÃO. **A república**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores). p. 115.

²Ibid., p. 116.

filósofo aludiu à existência de um valor e de uma norma de controle pública, quais sejam, (i) a felicidade (valor); (ii) distribuição pública da felicidade (norma de controle). Supunha Sócrates que a felicidade deveria ser alcançada pelo grupo, para após ser distribuída pelo grupo entre seus integrantes, segundo critérios da época.

Em outro ensejo da antiguidade clássica, Aristóteles afirmou: “o homem é, por sua natureza, como dissemos desde o começo ao falarmos do governo doméstico e do dos escravos, um animal feito para a sociedade civil...” e o fim desta é “viver bem”³, concluindo que “não entra no plano da Política determinar o que pode convir a cada indivíduo, mas sim o que convém à pluralidade”⁴.

Percebe-se que, naquela quadra histórica tanto Sócrates quanto Aristóteles ressaltaram o papel do Estado na distribuição dos meios para o atingimento da felicidade das pessoas.

Avançando na história, Norberto Bobbio lembrou que, segundo Kant, a passagem do estado de natureza para o estado civil acontece por meio de um contrato originário: “existe um contrato originário, que é o único no qual pode ser fundamentada uma constituição civil universalmente jurídica entre os homens e constituída uma comunidade”.⁵

Sobre esse suposto contrato originário, Kant argumentou ser ele produzido pela união de todas as vontades particulares e privadas de um povo numa vontade comum e pública. A ideia central de seu pensamento era a de que as leis deveriam ser editadas como se precisassem “derivar da vontade comum de todo um povo e considerar cada súdito, uma vez que quer ser cidadão, como se ele tivesse dado o seu consenso para uma tal vontade”⁶.

Baruch Spinoza esposou tese similar ao sustentar que embora todos os homens tenham interesses particulares, podem ser conduzidos por um único pensamento, lastreado em direitos comuns, situação na qual cada um teria tanto menos direito quanto mais todos os outros reunidos o sobrelevassem em poder. Assim, o direito individual sobre a natureza seria apenas aquele conferido pela lei comum, e cada um teria que fazer tudo o que lhe fosse imposto pela lei comum.⁷

³ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 45.

⁴Ibid., p. 50.

⁵BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Brasília: UnB, 1992, p. 125.

⁶BOBBIO, loc. cit.

⁷SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. São Paulo: Ícone, 1994. (Fundamentos de Direito). p. 37.

Vencidos séculos de pensamento filosófico a respeito do tema, já na contemporaneidade, Hannah Arendt, com fulcro nas ideias clássicas, formulou importante estudo sobre o público e o privado. Para a autora, a existência de uma esfera pública dependeria da noção de permanência, de durabilidade, e não objetivar apenas uma geração de pessoas. O espaço público deveria ser planejado e concebido para transcender a duração da vida de homens mortais, uma vez que o

mundo comum só poderia sobreviver ao advento e à partida das gerações na medida em que tem uma presença pública. É o caráter público da esfera privada que é capaz de absorver e dar brilho através dos séculos a tudo o que os homens venham a preservar da ruína natural do tempo.⁸

Essa noção aplicada ao direito foi bem expressada por Gaston Jèze, tempos antes, ao discorrer sobre serviço público. Aduziu que em todos os países civilizados a administração pública tem por missão satisfazer às necessidades de interesse geral. Certas necessidades seriam atendidas mediante ação estatal submetida ao regime jurídico de direito público: os serviços públicos. Os serviços públicos estariam submetidos a um regime jurídico específico e especial que conferiria à administração pública a prerrogativa de modificar a qualquer tempo sua organização, sem que se pudesse opor qualquer resistência de ordem jurídica. Semelhantes leis e regras especiais convergiriam numa ideia central: a de que o interesse privado deve ceder diante do interesse público. Essa concepção teve como ponto de partida a “desigualdad de los intereses en conflicto: el interés público debe prevalecer sobre el interés privado. Este es el principio dominante, y no es necesario que la ley se haya referido a el, expresamente, para tal o cual interés público”⁹.

Héctor Jorge Escola, ao discorrer sobre qual seja o fundamento do direito administrativo, após referir que o núcleo da disciplina já foi o serviço público e o ato administrativo, concluiu que a noção de interesse público é tão relevante para o direito administrativo que “la doctrina – siempre em procura de avanzar y

⁸ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. p. 64.

⁹JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho publico**. v. II – La noción de servicio publico. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. p. 3.

perfeccionarse – pretende proponer ahora que esa noción liminar del derecho administrativo, como ya se há dicho, se ala del ‘interés público’¹⁰.

Para Escola, a ideia de interesse público é um elemento constitutivo e importante para a configuração da própria administração pública, vez que seu propósito como uma das funções do Estado é o de suprir necessidades e cumprir fins que são de interesse público.¹¹

A noção de interesse público sempre permeou as concepções e orientações doutrinárias relacionadas ao desempenho das funções estatais, em especial aquelas condizentes com a função administrativa, senão na qualidade de núcleo ou fundamento do direito administrativo, ao menos na qualidade de fenômeno jurídico de absoluta relevância como vetor hermenêutico e pressuposto de validação e legitimação da ação estatal.

Reconhecer a importância da noção como norte hermenêutico e pressuposto de validação e legitimidade da ação estatal conduz a uma indagação essencial: seria correto, na contemporaneidade, manter o entendimento em favor da existência de um princípio que sufrague a posição de supremacia estatal fundada no interesse público, quando em confronto um interesse privado com o interesse público?

A resposta a essa indagação transita pelo reconhecimento do caráter funcional dos princípios e de sua importância no âmbito de um determinado sistema. A corroborar essa importância refira-se a Immanuel Kant, que caracterizou o sistema como “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”¹².

A doutrina do direito, como visto, tem proclamado a importância da noção de interesse público no sistema jurídico, conferindo-lhe posição de superioridade em relação aos denominados interesses privados, dando azo à concepção do princípio designado “princípio da supremacia do interesse público”. Celso Antonio Bandeira de Mello chega a aduzir que o princípio da supremacia “é um pressuposto lógico do convívio social” e é “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a

¹⁰ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989. p. 13.

¹¹Ibid., p. 45.

¹²KANT, Immanuel. **Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft**. 1. ed., 1786, preâmbulo, p. IV apud CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 10.

própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição [...]”¹³.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular pressupõe a existência de dois âmbitos ou espaços jurídicos distintos, aos quais podem ser relacionadas pretensões jurídicas igualmente diversas, nem sempre coincidentes e por vezes antagônicas.

Já se disse que coexistem dois espaços distintos em sociedade, o espaço público e o espaço privado. Delimitar esses espaços e as consequências e implicações dos fenômenos jurídicos neles produzidos tem gerado controvérsia desde que se implementaram as primeiras sistematizações dos pensamentos políticos e sociais. Identificados o espaço público e o espaço privado na sociedade, podem-se assumir as seguintes premissas: (i) têm real existência no corpo social interesses – pretensões a determinado objeto – que extrapolam o espaço jurídico-individual para constituir categoria autônoma de interesses, que pertencem abstrata e genericamente a todas as pessoas ou a um grupo de pessoas, determinadas ou indeterminadas, sem pertencerem individualmente a ninguém – a categoria do interesse público; (ii) a vida em sociedade¹⁴ impõe restrições e limitações a pretensões individuais, importando que, a par de coexistirem o interesse privado e o interesse público, quando em conflito essas categorias de interesses, deve merecer proteção jurídica o interesse público, em detrimento do interesse privado – proposição jurídica não absoluta, mas verdadeiro guia hermenêutico para a solução de conflitos transindividuais envolvendo o Estado num polo da relação jurídica considerada; (iii) a guarda e o zelo do interesse que é público, tomada em consideração a configuração que lhe é peculiar, deve competir privativamente – admitida a delegação em certas eventualidades – ao ente de natureza igualmente pública concebido para conferir concretude a direitos e princípios fundamentais, programas, projetos e ações voltados para a obtenção do bem comum plasmados na Constituição. A persecução do interesse público compete, portanto, ao Estado.

¹³BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 85.

¹⁴A preocupação em justificar o Estado é anciã. Aristóteles, por exemplo, preceituava que “o homem é, por sua natureza, como dissemos desde o começo ao falarmos do governo doméstico e do dos escravos, um animal feito para a sociedade civil. Assim, mesmo que não tivéssemos necessidade uns dos outros, não deixaríamos de viver juntos... O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem” (ARISTÓTELES, 1991, p. 45).

Foram adotados iguais parâmetros por doutrinadores como Gaston Jèze, André de Laubaudère¹⁵, Marcelo Caetano¹⁶, Eduardo Garcia Enterría¹⁷, Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸, Hely Lopes Meirelles¹⁹, Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁰ (entre outros) para quem a noção de interesse público e de sua supremacia sobre o interesse particular constitui importante referência para concretização de propósitos administrativos conferidos pela Constituição à Administração Pública.

No entanto, inexiste unanimidade a respeito da autoridade contemporânea dessa noção respeitante à supremacia do interesse público sobre o interesse particular como ponto de partida fundado na Constituição brasileira para legitimar a função administrativa.

O que suscitou investigação e aprofundamento do tema foram manifestações publicadas por alguns autores nacionais direcionadas a reduzir a importância ou mesmo a suprimir o princípio da supremacia do interesse público como amálgama legitimador da conduta administrativa ao realizar sua peculiar função administrativa.

Entre outros, pode-se mencionar Marçal Justen Filho²¹, Gustavo Binenbojm²², Humberto Bergmann Ávila²³ e Paulo Ricardo Schier²⁴.

Não negam referidos autores o conceito de interesse público, mas defendem que a noção de supremacia do interesse público sobre o interesse particular, na qualidade de princípio relevante para a solução de casos concretos, não encontra suporte na Constituição Federal vigente, a qual tem, como orientação maior, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais catalogados ou não.

¹⁵LAUBADÈRE, André de et al. **Traité de droit administratif**. 12. ed. t. 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

¹⁶CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 1991.

¹⁷ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1984.

¹⁸BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁰ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais na administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

²¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

²²BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 8, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005. p. 91.

²³ÁVILA, Humberto Bergmann. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: _____. **O direito público em tempo de crise. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. 1999.

²⁴SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 845, 2006. p. 22-36.

Aludidos autores pensam que o sistema de proteção constitucional de direitos particulares não se coaduna com a ideia de supremacia de um interesse público sobre o particular.

Razão assiste a quem, como Ingo Wolfgang Sarlet, aponta na Carta de 1988, um sistema progressista e avançado no tocante ao catálogo expresso de direitos fundamentais. A Constituição de 1988 efetivamente conferiu destaque aos direitos fundamentais, o que não passou despercebido a Ingo Wolfgang Sarlet:

traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância.²⁵

Entretanto, a configuração progressista do catálogo constitucional de direitos fundamentais e a óbvia conclusão no sentido de que compete ao Estado garantir eficácia aos direitos fundamentais, expressos ou implícitos, não sugere necessária e diretamente esvaziamento da noção de supremacia do interesse público.

Não são antagônicas e antinômicas as noções, eis que se trata de valores constitucionais que devem conviver harmonicamente. Haverá situações nas quais a ação estatal administrativa não objetiva garantir um direito fundamental, e se concretiza mediante suplantação de um determinado interesse privado em prol do interesse público. Exemplo de tal afirmativa é a ação estatal que proíbe o estacionamento em uma via pública de trânsito intenso e de grande movimento comercial (prejudicando o acesso de clientes).

O que se pretende é afirmar a noção de supremacia do interesse público como elemento de legitimação da conduta estatal. Em que pese a garantia de direitos fundamentais ser objetivo inexorável do Estado, a ser orientado pelo sistema principiológico-normativo constitucional, assumir como legítima apenas a ação estatal que objetivamente busque a efetivação de direitos fundamentais não é suficiente para alcançar todos os fenômenos e posições jurídicas produzidos e resultantes da ação administrativa. É preciso deduzir do sistema jurídico outro valor,

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75.

não conflitante, ao reverso, com caráter suplementar, que confira sustentabilidade e justificação para a ação estatal administrativa que produz repercussão na esfera jurídica privada.

Há inúmeras condutas públicas que não encontram fundamento de validade ou de legitimidade em algum direito fundamental. Como ilustração, repita-se, tome-se a mudança administrativa de direção de via de trânsito, ou vedação do estacionamento em determinada via pública, que provoque dano efetivo ao comércio local. Não há na hipótese qualquer transgressão a direito fundamental, ou ao reverso, intenção de proteger direito fundamental.

De muito debatem doutrinadores, juristas e filósofos sobre qual seja o fundamento de legitimidade da atuação estatal. Essa contenda almeja encontrar os limites, ou a justificativa jurídica para a ação pública que produz repercussão na esfera jurídica privada em face do catálogo de direitos fundamentais expressos na Constituição, e mesmo em face dos direitos fundamentais implícitos ou decorrentes de princípios ou tratados, como sistematizado por Ingo Wolfgang Sarlet.

A defesa da supremacia do interesse público neste trabalho foi realizada sob duas perspectivas. Primeiramente, na perspectiva de que podem estar em oposição o interesse público e direitos fundamentais, ou na perspectiva de oposição entre a autonomia pública e a autonomia privada. Não se o fez, na perspectiva de uma lógica que analisa um fato da natureza, pela lógica analítica de oposição de contraditórios²⁶. Como se demonstrará, para a analítica a explicação do objeto demanda proposições que contenham sujeito e predicado definidos, e, se um dos contraditórios é verdadeiro o outro é falso, e vice-versa. Se considerar-se a proposição supremacia do interesse público como contraditória à proposição supremacia de direitos fundamentais, uma proposição anulará a outra. Se houver anulação não poderá haver invocação, uma delas não poderá existir. Por tal razão, os críticos defendem que não pode existir supremacia do interesse público, porque entendem que tal proposição é contraditória com a de supremacia dos direitos fundamentais.

Defende-se que não se trata de uma oposição de contraditórios a ser resolvida pela racionalidade da lógica analítica, mas uma oposição de contrários,

²⁶ A crítica à idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse particular se funda em uma perspectiva analítica de oposição de contraditórios. Assim, nesta perspectiva, a supremacia do interesse público – autonomia pública – seria uma noção contraditória em relação a direitos fundamentais – autonomia privada.

para ser resolvida pela racionalidade dialética. Em que pese a expressão contraditório ser bastante familiar a alguns autores no que tange à racionalidade dialética, adota-se a posição expressada por Carlos Roberto Cirne-Lima²⁷ no sentido de que no pensamento dialético não se cogita de oposição de contraditórios, mas tão somente de oposição de contrários. Para o fim deste estudo, portanto, proposições contraditórias são proposições inconciliáveis e insuperáveis – uma oposição de contraditórios produz então, neste sentido, a anulação de uma delas, ou de ambas. Numa oposição de contraditórios, se um polo é verdadeiro o outro é falso, como se abordará adiante.

Tal não ocorre em relação à oposição de contrários. Numa oposição de contrários, várias conclusões serão possíveis, inclusive ambas as proposições contrárias serem falsas. Contudo, na oposição de contrários é possível a superação e o encontro de uma terceira posição expressada na síntese dialética, que por seu turno também não é necessariamente conclusiva, podendo tal síntese constituir em outro determinado momento uma nova tese a ser refutada. Enquanto para a racionalidade analítica o oposto é a negação, na racionalidade dialética o oposto não é a negação, se encontra na linguagem e na história, na contingência portanto.

A segunda perspectiva defendida é a de que sequer há oposição entre supremacia do interesse público e direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais integram a categoria mais ampla de interesse público, como espécie deste.

O estudo se dará à luz dos preceitos constitucionais que orientam a ação administrativa de acordo inclusive com o contido na Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Com efeito, é importante também refletir sobre o modelo de Estado imposto, para concluir que o princípio da supremacia do interesse público é, simultaneamente, uma referência e um instrumento necessários para a implementação dos propósitos do Estado Social e Democrático de Direito. O Estado Social e Democrático, ainda não superado pelo modelo estritamente liberal/regulador, tem como característica a maior intervenção do Estado na economia – em contraste com o modelo liberal. Maior intervenção estatal importa em maior ação administrativa e maior ingresso na seara dos

²⁷ CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. **Dialética para principiantes**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

interesses privados, o que implica na necessidade de comprovação constitucional de legitimidade.

Em suma, constitui dever-poder do Estado a consecução e preservação dos direitos fundamentais, obrigação que lhe compete por decorrência constitucional. Observa-se que a vinculação da ação estatal a algum direito fundamental que lhe confira legitimidade é insuficiente para justificar determinadas condutas públicas vez que, como se demonstrará, há condutas estatais que invadem o espaço privado e não objetivam assegurar direitos fundamentais. Reduzir as hipóteses de ação estatal legítima àquelas que pretendem garantir direitos fundamentais pode significar redução ou desprestígio dos direitos fundamentais, ou uma concepção absolutamente liberal de Estado, que não se coaduna nem se escora sob dicção constitucional que preconiza o Estado Democrático e Social de Direito.

Busca-se defender, então: (i) que o antagonismo entre direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público inexistente, ou apenas é aparente em razão da estrutura constitucional brasileira; (ii) que a proteção de direitos fundamentais integra o conteúdo jurídico do interesse público; (iii) a atualidade hermenêutica do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular; e (iv) a adequação do princípio da supremacia do interesse público à forma de Estado Democrático e Social de Direito prevista na Constituição Brasileira.

Para tal desiderato, em face de que está em jogo uma questão jurídica vinculada a princípios, as considerações preliminares destinam-se a abordar, de modo sucinto e objetivo, função e relevância dos princípios no ordenamento jurídico, no que tange à concreta solução de litígios.

O capítulo 3 versa sobre interesse público, com a pretensão de demonstrar que constitui uma constante na vida em sociedade. A partir de considerações preliminares acerca do interesse, serão apontados determinados interesses de titularidade da coletividade que podem ser identificados como interesse público em certos momentos da história e em relação aos modelos da sociedade feudal, do Estado Absoluto, Estado Liberal, Estado Social e Estado pós-moderno.

O capítulo 4 aborda os direitos fundamentais. Sem a pretensão de esgotar o tema de amplitude bastante larga – portanto com a profundidade necessária apenas à compreensão do tema relacionado à tese que se pretende sustentar –, conceitua-se direito fundamental e apresenta-se deles a classificação defendida por Ingo

Wolfgang Sarlet em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões.

No capítulo 5, com o título “Interesse público e direitos fundamentais como propósito finalístico do exercício da função administrativa”, discorre-se sobre a incompletude do estabelecimento do fundamento de legitimidade do exercício da função tão somente na proteção ou persecução de direitos fundamentais. Apresentam-se os argumentos expendidos em doutrina direcionados a defender que a ação estatal somente se legitima se direcionada a algum direito fundamental, para apontar no texto constitucional a determinação expressa para ações estatais absolutamente desvinculadas de qualquer direito fundamental. Traz-se ainda argumentos que demonstram a legitimidade de ações públicas voltadas ao interesse público que não caracteriza um direito fundamental.

O capítulo 6 apresenta o princípio da supremacia do interesse público como instrumento de efetivação de direitos fundamentais. A partir da racionalidade dialética hegeliana, propõe-se um método para a superação de conflitos entre interesses públicos ou entre um interesse público e um interesse privado. Aponta-se também uma categoria relevante de interesse público a ser perseguido, o interesse público das gerações futuras, bem como se propõe o controle e a participação como instrumentos de efetivação do interesse público que pode ser invocado como portador de uma supremacia diante de outros interesses numa relação jurídica intersubjetiva.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O núcleo das reflexões que se pretende produzir reside num princípio. A pesquisa objetiva indagar acerca da possibilidade jurídica de afirmar a existência de um princípio da supremacia do interesse público, e acerca da forma pela qual seria possível deduzi-lo do sistema jurídico brasileiro. Desta feita, cabe ponderar sobre a função dos princípios no contexto do sistema jurídico.

Interesse público, como se pretende demonstrar, é daqueles conceitos históricos, diretamente vinculados ao contexto sociocultural. Optou-se metodologicamente, para esta abordagem preliminar, por tratar sucintamente a forma pela qual se concebiam os princípios na antiguidade clássica, de modo a produzir contraste com a concepção contemporânea e com a atual função deles no ordenamento jurídico.

Para a filosofia clássica, os princípios constituem um instrumento para chegar ao conhecimento pleno. Aristóteles pondera que “só conhecemos algo plenamente quando o sabemos em suas causas e em seus princípios primeiros... Esse saber supremo tem de dizer o que as coisas são e por que são; isto é, tem de demonstrar as coisas a partir de seus princípios”. Não são demonstráveis, por isso são princípios, e não derivam de nada, por isso é preciso haver uma intuição deles, e esta é o *noûs*, o outro momento essencial que, como a *épisteme*, compõe a verdadeira sabedoria.²⁸

A relevância dos princípios pode ser aferida a partir de Aristóteles, ao discorrer sobre a teoria dos princípios atribuída a Platão. Segundo Franco Ferrari, Aristóteles, ao expor a doutrina de Platão, explica que

as formas ou ideias são as causas das outras realidades, vale dizer, das realidades sensíveis, e que os elementos das formas são os elementos e os princípios de todas as coisas. Os elementos constitutivos das formas seriam dois, a saber, o uno (com a função de princípio formal) e o grande e o pequeno (com a função de princípio material).²⁹

²⁸MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 69.

²⁹FERRARI, Franco. **Platão e a teoria dos princípios**. São Paulo: Edições Loyola, 2011. (Platão: Leituras). p. 124.

Aristóteles então atribui a Platão “uma doutrina segundo a qual as ideias, causas das coisas sensíveis, admitem dois princípios que lhes são superiores, o uno e a díade do grande e do pequeno”.

A teoria dos princípios platônica destina-se à busca do conhecimento ou da sabedoria verdadeira, e procura conferir uma base original para a apreensão do sentido e do significado das coisas, seja no mundo material sensível, seja no mundo das ideias. Trata-se de uma base fundamental para dela deduzir conclusões acerca dos mais variados objetivos ligados à busca da verdade e da compreensão do mundo.

Conclui-se que, embora a racionalidade em torno dos princípios na antiguidade clássica não se destinasse a uma função hermenêutica, a análise da concepção clássica de princípio pode contribuir para a compreensão da importância dos princípios como fundamento na busca do adequado significado de uma regra jurídica. Com efeito, encontrar a causa das coisas sensíveis é propósito relacionável à busca da causa primeira de legitimação da ação do Estado na persecução do bem comum.

Aspecto central e nuclear quanto à atuação estatal é a aferição acerca da adequação de determinada conduta com o sistema constitucional. Para tal desiderato é fundamental que se possa encontrar a acepção adequada de uma disposição ou norma constitucional em determinado contexto fático, o que se produz pela via hermenêutica. Esse significado pode ser obtido a partir do próprio texto da Constituição, em processo que Dworkin denomina interpretativo, e também com base no texto constitucional, porém com a contribuição de outras fontes, as denominadas teorias interpretativas – mais apegadas ao texto da constituição –, e as não interpretativas – mais ativistas ou liberadas do texto.³⁰ Qualquer que seja o método hermenêutico adotado para a busca do significado mais adequado de uma regra, é inegável que os princípios têm importância fundamental nele.

Princípios são um padrão a ser observado por exigência de justiça e de equidade. Têm diferença de natureza lógica em relação às regras, conquanto possam ser bastante similares em determinados casos. Uma primeira diferença reside no fato de que os princípios têm a dimensão do peso e da importância. Assim,

³⁰DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 44.

quando em confronto dois princípios, se levará em conta a força relativa de cada um deles, fazendo sentido indagar sobre que peso tem ou qual sua importância. As regras não têm tal dimensão e funcionalmente são importantes ou desimportantes, uma vez que podem desempenhar papel mais importante ou menos importante do que outra na regulação de um comportamento. Porém, uma regra não será mais importante do que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras. Se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida, aplicando-se para a aferição de qual será inválida inúmeras técnicas jurídicas à disposição, como a da especialidade; ou haverá uma cláusula de exceção que inclusive confirmará a regra.³¹

Para Robert Alexy, em direção similar à adotada por Dworkin, princípios são normas com grau de generalidade elevada, verdadeiros mandamentos de otimização porque “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”, enquanto regras serão sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Não há a rigor hierarquia entre princípios, mas necessidade de verificação valorativa sobre se um princípio terá precedência sobre outro em caso de conflito sob determinadas condições. Os princípios, então, têm peso diferente, e o princípio com maior peso terá sempre precedência. Trata-se então de estimar qual dos interesses protegidos por princípios terá maior peso no caso concreto.³²

O Tribunal Federal Constitucional Alemão utiliza a metáfora do peso para avaliar qual princípio deverá ter precedência em caso de conflito. Desta feita, aplica o conceito de relação condicionada de precedência como forma de resposta aos conflitos entre princípios: num caso concreto, determinado princípio terá peso maior do que outro com o qual colide se houver razões suficientes para que prevaleça sob as determinadas condições do caso. Há uma condição de precedência, diga-se, quando determinadas características e especificidades da situação de fato podem impor validamente a precedência de um princípio em relação a outro. Nenhum dos princípios em conflito tem precedência geral, mas um interesse deve ceder levando-se em conta a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais.³³

³¹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 e seguintes.

³²ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-95.

³³Para o autor “nenhuma das normas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto,

De qualquer sorte, um princípio cede lugar quando em determinado caso é atribuído a outro princípio antagônico um peso maior de acordo com a máxima da proporcionalidade. Portanto, a proporcionalidade, consideradas a adequação, a necessidade (meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito, decorre da natureza própria do princípio.³⁴

Juarez Freitas, em igual sentido, incorporou os princípios no próprio conceito de sistema jurídico. Para esse autor, sistema jurídico é

uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados expressa ou implicitamente na Constituição.³⁵

Encontra-se uniformidade na doutrina sobre constituírem os princípios o amálgama ou o elemento indispensável para a unidade do sistema. Diversos autores como Karl Larenz³⁶, Carl-Wilhelm Canaris³⁷, J. J. Gomes Canotilho³⁸ e, na doutrina brasileira, José Afonso da Silva³⁹, Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁰ e Juarez Freitas⁴¹ a eles assim se referem.

Em reforço da posição, tome-se o fato de que Canaris⁴² apontou sistema exatamente como ordem teleológica de princípios gerais de Direito, referindo que a relação entre o Direito Objetivo, seu conhecimento e aplicação (ao menos nos casos em que apenas a subsunção pelo método lógico-dedutivo não produza a concretização do direito suficientemente) deve ser entendida como dialética, pois se funda na argumentação derivada de um princípio geral de Direito. Para que o sistema cumpra o papel de fazer a adequação valorativa e a unidade interior do

incluindo-se entre os objetos do sopesamento os valores constitucionais". (ALEXY, Robert, 2008, p. 97).

³⁴Ibid., p. 97-117.

³⁵FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

³⁶LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

³⁷CANARIS, 1996.

³⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

³⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁰BANDEIRA DE MELLO, 1999.

⁴¹FREITAS, 2009.

⁴²CANARIS, op. cit., p. 83.

Direito, segundo Canaris, os princípios constituem elemento indispensável, e são mais adequados do que os conceitos, posto que nestes a valoração é implícita e, naqueles, explícita, em decorrência de sua natureza aberta.⁴³

Segundo J. J. Gomes Canotilho, o sistema jurídico é composto de princípios e de regras, sendo certa a importância de cada uma dessas normas.⁴⁴

O exame das regras – o que sejam e qual seu papel no núcleo do sistema – não será objeto de estudo. Fundamental, entretanto, é concluir pela existência, ou não, de um princípio da supremacia do interesse público e de sua importância no sistema jurídico brasileiro.

Necessário, então, fazer referência ao conceito de princípio. Juarez Freitas conceituou princípio como

critério ou diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas.⁴⁵

Canotilho entende que princípios são normas com elevado grau de abstração, são vagos e indeterminados, carecendo de mediações concretizadoras, com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito ou à sua importância estruturante dentro do sistema, e são fundamento das regras jurídicas, desempenhando função nomogenética.⁴⁶ Embora Canotilho defenda a importância dos princípios, lembra que um sistema baseado apenas em princípios resultaria em consequências inaceitáveis por força da indeterminação e da inexistência de regras precisas, em virtude da coexistência de princípios conflitantes, da dependência do possível fático e jurídico, produzindo insegurança jurídica.⁴⁷ A afirmação não presume dispensáveis os princípios no sistema jurídico, exatamente porque fornecem bases consistentes para a solução de

⁴³CANARIS, 1996, p. 125.

⁴⁴CANOTILHO, 1993, p. 165.

⁴⁵FREITAS, 2009, p. 47.

⁴⁶CANOTILHO, op. cit., p. 167.

⁴⁷Ibid., p. 169.

problemas de método e permitem “respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema”⁴⁸.

Ronald Dworkin definiu princípio como um padrão (*standard*) que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade.⁴⁹

Cumprе salientar, por fim, a posição de Regina Macedo Nery Ferrari, para quem é possível, mesmo que se sustente a unidade sistemática da Constituição, identificar uma diferença de grau entre as ordens imperativas – normas e princípios –, o que reflete na sua capacidade de aplicação, e salienta a importância dos princípios na ordem constitucional.⁵⁰

Qualquer que seja a corrente doutrinária invocada ou adotada em relação aos princípios, o ponto de convergência reside na sua importância para a solução de casos concretos. Logo, no que diz respeito às relações jurídicas interpessoais de caráter privado, ou ainda no que tange à solução de conflitos por intermédio da função jurisdicional, os princípios têm no mínimo um aspecto funcional que não pode ser afastado ou relevado.

Tal aspecto jurídico-funcional expressa condição efetiva para que em determinados casos se possa encontrar a solução jurídica mais satisfatória e defensável de acordo com o sistema constitucional. Não se trata apenas de função hermenêutica voltada à resolução de conflitos ou à segurança jurídica, mas de função voltada à obtenção da excelência na definição do bem jurídico a ser protegido em determinado caso concreto.

Os princípios, se pode rematar, são indispensáveis para a obtenção da excelência hermenêutica, sem os quais não se cogita da correta interpretação das normas.

⁴⁸CANOTILHO, 1993, p. 170.

⁴⁹DWORKIN, 2002, p. 67.

⁵⁰FERRARI, Regina Macedo Nery Ferrari. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 212.

3 INTERESSE PÚBLICO: ELEMENTO CONSTANTE E HISTÓRICO NA VIDA EM SOCIEDADE

3.1 INTERESSE COMO VALOR JURÍDICO

Antes de ingressar especificamente na análise jurídica do conceito de interesse público se faz necessária uma abordagem, ainda que superficial, sobre o significado jurídico de interesse, eis que, para que a expressão supremacia do interesse público possa fazer algum sentido concreto é preciso indagar sobre o que seja e sobre qual seja o conteúdo jurídico do interesse.

Ao tratar de qualquer instituto jurídico, compete traçar seus parâmetros e contornos elementares, para que se possa produzir uma reflexão tópica, sobre um específico e determinado aspecto dele.

O núcleo do trabalho orbita em torno da noção de interesse público. Interesse é um conceito jurídico bastante amplo e com indeterminação considerável.

O interesse pode ser irrelevante juridicamente. Pode não representar ou produzir nenhuma repercussão no mundo jurídico, como aquele que se mantém no âmbito interno pessoal, não revelado ou traduzido em ação concreta. Pode ainda não ser relevante juridicamente, mesmo que expressado, embora não produza algum efeito na esfera jurídica de outrem ou alteração no mundo dos fatos. Entretanto, há interesses que recebem a proteção do direito e conformam aquilo que se convencionou denominar direito subjetivo.

Pontes de Miranda, ao discorrer sobre direito subjetivo, afirma que decorre de uma abstração a que se chegou depois do exame da eficácia dos fatos jurídicos que criam direitos. Para o autor, “a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui, subjetivo, porque se observa do lado desse alguém que é o titular dele”⁵¹.

Kelsen, por seu turno, sustenta existirem diversas dimensões possíveis de um direito subjetivo. Pode ser compreendido como uma correlação entre um dever e

⁵¹MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 29.

um direito na medida em que ao corresponder a um direito pode se referir simultânea e igualmente a um dever de outrem em relação ao titular do direito, afirmando que “à conduta a que um indivíduo é obrigado em face de outro corresponde uma determinada conduta do outro indivíduo. Esta pode exigir ou reclamar a conduta do outro, a conduta a que este é obrigado em face dele”⁵².

Ao qualificar o direito subjetivo como uma faculdade em conformidade com o que dispõe a norma jurídica, Vicente Rao expõe que

a faculdade a que nos referimos, ao ser exercida, traduz-se em ato da vontade destinado à consecução dos bens, materiais ou imateriais, de valor individual ou social, necessários ou úteis à conservação e ao aperfeiçoamento do próprio titular, ou de outrem, ou da coletividade, exteriorizando-se sob a forma de relação entre as pessoas ou com o Estado [...].⁵³

Para Ovídio Batista da Silva, direito subjetivo é uma categoria fundamental para a construção de qualquer doutrina jurídica, que é (segundo Tuhr) a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine. Aduz o autor que o poder da vontade de seu titular é um elemento decisivo para a determinação do conceito de direito subjetivo, vale dizer “na faculdade que a ordem jurídica confere àqueles a quem outorga o direito subjetivo para torná-lo efetivo pelo exercício [...] ou para exigir o seu reconhecimento e realização pelos órgãos públicos incumbidos de prestar jurisdição [...]”⁵⁴.

O direito subjetivo é, pois, uma faculdade que detém seu titular de, mediante a utilização dos instrumentos jurídicos que o sistema normativo oferece, buscar compelir outrem a uma conduta positiva ou negativa direcionada à ampliação, à manutenção ou à redução de seu patrimônio jurídico material ou imaterial. Pode estar submetido a condição ou termo, o que inviabiliza exigir de outrem a conduta positiva ou negativa respectiva.

⁵²KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 139.

⁵³RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 479.

⁵⁴SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 60.

A exigibilidade daquilo que é conteúdo do direito subjetivo não pode ser deduzida como um atributo direto e imediato dele. Assim, o poder de exigir aquilo que é conteúdo do direito subjetivo depende de determinados requisitos jurídicos. Consoante Ovídio Batista da Silva “a partir do momento em que posso exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, diz-se que o direito subjetivo está dotado de pretensão”⁵⁵.

Considere-se igualmente a posição de Couture, para quem

la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica.⁵⁶

Tem-se então que direito subjetivo e pretensão constituem momentos jurídicos diversos, porém inafastáveis, para buscar a satisfação de um direito.

O interesse juridicamente protegido, surgido da adequação entre o substrato fático e a norma, quando exigível faz nascer a pretensão que cabe ao Estado tutelar, vez que coibiu a autotutela. O Estado então detém como uma de suas atribuições assegurar o interesse juridicamente protegido das pessoas. Tal interesse pode ser o interesse de uma pessoa, ou de um grupo de pessoas orientado a aspectos que lhes são particulares, que somente lhes diz respeito ou que somente lhes aproveitam. Ao direito subjetivo de titularidade de alguém com tais características – as que limitam benefícios ou vantagens da fruição dele a uma pessoa ou um grupo de pessoas determinado em caráter particular — que “é apenas o reflexo do dever jurídico de outrem”, no dizer de Kelsen, uma vez que a ordem jurídica liga à ofensa desse interesse uma sanção ou estatui o dever de não lesar esse interesse⁵⁷, diz-se interesse privado juridicamente tutelado.

Para fins de uma análise que se propõe científica da hipótese de supremacia do interesse público diante de um interesse particular, importa registrar, com fulcro nos argumentos acima expendidos, que o interesse particular pode ser tido com gênero do qual constituem espécie o interesse particular em sentido amplo, vale

⁵⁵SILVA, 1991, p. 62.

⁵⁶COUTURE apud SILVA, 1991, p. 72.

⁵⁷KELSEN, 1987, p. 143.

dizer, aquele interesse de titularidade privada, que integra a subjetividade humana, mas que, contudo, não é ou não foi ainda universalizado, ou não pode ser, por intermédio do reconhecimento público, pelo Estado. Não foi elevado à categoria de direito subjetivo. E o interesse privado pode ser considerado em sentido estrito, para ser assim reputado todo o interesse particular que constitui já um direito subjetivo.

Feitas algumas reflexões sobre o conteúdo jurídico do interesse e as repercussões dele no âmbito do direito, é de se rememorar que o interesse, a par de uma dimensão privada, detém uma dimensão pública, deduzida simultaneamente a partir da titularidade e dos efeitos que produzem ou podem produzir em relação a terceiros ou à coletividade como um todo.

Em relação à titularidade, o interesse será público quando seu titular for uma coletividade, logo, mais de uma pessoa. No que tange aos efeitos, o interesse público será aquele que, de titularidade da coletividade, objetiva a percepção de vantagens, a ampliação da esfera jurídica pela criação ou ampliação de benefícios, ou ainda, sob o ângulo negativo, a proteção contra extinção, limitação ou redução de vantagens ou benefícios em relação a uma coletividade de pessoas. Esse o pressuposto para a análise que segue.

Interesse público, espécie do gênero interesse, é a noção central deste trabalho. A investigação sobre interesse público comporta diversas vertentes. Uma delas de importância destacável é a que toma o interesse público na sua dimensão histórico-evolutiva.

Fez-se, nesse sentido, opção metodológica pela investigação sobre a noção de interesse público em determinados momentos da história. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, faz-se necessária a busca por critérios de determinação. O propósito da investigação é o de indagar acerca da possibilidade de encontrar, em cada um dos momentos históricos considerados, um núcleo comum de interesse que possa ser tido como interesse público, de modo a estabelecer um critério de determinação, entre outros possíveis.

Serão realizadas algumas considerações de ordem histórico-jurídica com o fito de deduzir o elemento comum de interesse público das concepções de Estado e de sociedade formuladas por algumas das principais referências do pensamento político ocidental. As referências históricas não abrangerão, por óbvio, todas as correntes de pensamento e teorias sobre a formação do Estado, mas reputa-se sejam suficientes para demonstrar o aspecto pretendido.

3.2 INTERESSE PÚBLICO NA ANTIGUIDADE

A ideia de interesse público é, sob certo aspecto, constitutiva da sociedade. Engels, a corroborar essa afirmação, faz referência a Lewis H. Morgan⁵⁸ para ressaltar que esse autor chega a afirmar, com lastro nos estudos realizados sobre a evolução da sociedade, que “os interesses da sociedade são absolutamente superiores aos interesses individuais, e entre uns e outros deve estabelecer-se uma relação justa e harmônica”⁵⁹.

Trata-se, então, o interesse público, de uma noção que, a par de sua evidente importância científica para explicar e justificar a própria existência da vida em sociedade, tem caráter fundamental sob o aspecto material. Para além de constituir um referencial teórico destinado a considerações científicas, a noção de interesse público é detentora de caráter utilitário material no que tange à própria existência da sociedade organizada. É, de fato, um núcleo (ou núcleos) comum (ns) a que se pode reduzir toda a complexidade social no que respeita à justificativa para a existência comunitária.

Essa justificativa reducionista para a existência da vida comunitária não equivale a apontar o fim absoluto do Estado. Apenas ressalta a importância de desvelar uma finalidade objetiva do Estado. Nesse sentido, é de se concordar com Hermann Heller quando afirma que, em que pesem as objeções que se possa realizar quanto a um sentido teleológico ao conceito de Estado, a questão relativa ao fim do Estado é fundamental, na medida em que o Estado tem função objetiva; assim, a Teoria do Estado pode e deve indagar o sentido do Estado cuja expressão é sua função social, sua ação social objetiva⁶⁰. Inevitável uma abordagem funcional do Estado no que tange à sua justificação, como pondera Hermann Heller:

Como todas as funções sociais, que nascem e se mantêm exclusivamente por meio de atos de vontade socialmente eficazes, também a função do Estado é algo que se dá e se propõe à vontade humana. A função do Estado é-nos necessariamente dada por uma situação cultural e natural.

⁵⁸Os estudos de Morgan acerca das civilizações pré-históricas e das sociedades embrionárias do Estado foram base do texto de Engels sobre a origem da família, da propriedade privada e do Estado. A obra de Morgan foi baseada em estudos e pesquisas acerca das origens remotas da sociedade organizada das uniões de pessoas na pré-história até as formações sociais mais evoluídas e complexas que se formaram posteriormente.

⁵⁹ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 201.

⁶⁰HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 242.

Nunca é uma simples situação natural aquela que reclama a função estatal.⁶¹

Engels igualmente afirma o caráter funcional do Estado na sua origem, considerando que não é um poder que se impõe à sociedade, mas um produto dela quando chega a determinado grau de desenvolvimento, no qual se enredou em contradições e antagonismos inconciliáveis e, para que as classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, é necessário um poder que se poste por cima da sociedade, para mantê-la nos limites da ordem – esse poder nascido da sociedade mas posto acima dela é o Estado. Para Engels, pois, o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes.⁶²

Como se observará, não há homogeneidade ou uniformidade sobre o conceito de interesse público. Porém, da diversidade e da complexidade é possível deduzir um elemento comum à formação e a justificativa para sua incidência à vida em coletividade, e para o Estado, portanto.

Na linha de raciocínio pretendida, considere-se que a construção de toda a ciência política contemporânea tem raízes históricas que podem ser encontradas em Platão e Aristóteles. O pensamento grego clássico contém aspectos estruturais para a compreensão da dimensão da ideia de interesse público, ou, como aduz Diogo Freitas do Amaral, “nenhum estudo da história das ideias políticas pode deixar de conceder um lugar de primeiro plano ao pensamento político da Grécia antiga, pois foi aí que nasceu a reflexão teórica sobre a colectividade política e sobre o poder, e aí atingiu um dos níveis mais altos na história da humanidade”⁶³.

Para Platão, o que causa o nascimento de uma cidade é a impossibilidade que cada indivíduo tem de se bastar a si mesmo e a necessidade que sente de uma porção de coisas. Um homem une-se a outro homem para determinado emprego, e as múltiplas necessidades reúnem na mesma residência um grande número de associados e auxiliares, e a essa organização se dá o nome de cidade.⁶⁴ É perfeitamente identificável em Platão a ideia de que os homens cedem parte de sua

⁶¹HELLER, 1968. p. 244.

⁶²ENGELS, 2002, p. 191.

⁶³AMARAL, Diogo Freitas do. **História das ideias políticas**. v. I. Coimbra: Almedina, 1999. p. 59.

⁶⁴PLATÃO, 1997, p. 54.

liberdade individual em favor de interesses que superam os privados egoísticos. A concepção da cidade ideal é forjada desde essa premissa.

Platão leva ao extremo a ideia de submissão dos interesses privados ao interesse público ao sustentar a coletivização de bens, de mulheres e de crianças, e que, para preservar a pureza da raça dos guerreiros, os filhos de jovens que se distinguiram na guerra ou em outra atividade deveriam ser entregues a um lar comum, para que tivessem educação e formação adequadas; e os filhos de indivíduos inferiores ou que apresentassem deformidades deveriam ser levados a paradeiro desconhecido e secreto. Platão, nessa linha, preconiza controle da procriação como forma de manutenção de uma linhagem superior necessária aos propósitos da cidade.⁶⁵ A coletivização de bens, de mulheres e de crianças preconizada na República como necessária à manutenção da cidade representa a importância que Platão confere ao que denomina de bem comum, em contraposição ao bem individual. A filosofia platônica no que tange à vida social e política tem como um dos traços marcantes o interesse público. Ainda que Platão não utilize a expressão no sentido contemporâneo, lança as bases de sua filosofia orientada a compreender e explicar o fenômeno da vida em sociedade a partir da clara constatação de que a vida em comunidade demanda sacrifícios ou sujeições de interesses privados ao interesse da coletividade.

Essa posição resta explicitada em Platão ao defender que

a unidade da cidade é considerada o critério mais importante para formular um juízo crítico sobre a qualidade de uma cidade. A unidade da cidade pressupõe a predominância do que é comum sobre o individual. O homem político deve procurar organizar a cidade com leis que façam vigorar esses valores para obter uma ordem unitária da comunidade⁶⁶.

Tal direcionamento platônico é ressaltado também por Jean-François Mattei:

⁶⁵Ibid., p. 164.

⁶⁶LISI, Francisco L. **A política platônica: o governo da cidade**. São Paulo: Edições Loyola, 2011. (Platão: Leituras). p. 209. A corroborar a afirmação, Lisi ressaltava que, para Platão, as técnicas cujo objeto é o cuidado da alma recebem a denominação de política (dimensão pública), subdividida em técnica legislativa e técnica judiciária (Ibid., p. 205).

a sabedoria da cidade modelo, assimilada à ciência, como no Protágoras, não se refere a uma atividade social particular, mas a uma atividade geral que delibera sobre a totalidade da cidade. Ela se acha presente naqueles que detêm sua guarda na mais alta classe da cidade, a dos “guardiões perfeitos”, cujo número é menor do que o dos outros cidadãos.⁶⁷

No diálogo *Leis*, Platão deixa transparecer por diversas vezes dois elementos fundamentais à constatação de que a vida em sociedade objetiva o interesse público. Ao insinuar que a vida na cidade tem por objetivo também fazer as pessoas felizes: “se porventura um determinado país reunir as condições necessárias para que os cidadãos venham a ser felizes, é imprescindível cair do céu, para essa cidade, o legislador participante da verdade”⁶⁸; e ao afirmar que o tirano da cidade ideal deve possuir temperança como qualidade “além de todas mais, se a cidade tiver que alcançar desde logo, e da melhor maneira possível, a constituição que lhe permitirá viver sempre nas mais felizes circunstâncias”⁶⁹.

Enfim, como lembra Diogo Freitas do Amaral, Platão é o primeiro grande defensor de uma sociedade coletivista, concentrada e dominada pelo Estado, como forma de resolver o problema da justiça, em busca do ideal de uma sociedade justa, sendo certo que para o filósofo a própria justiça não é um valor situado no plano das relações individuais, mas no plano coletivo, no plano do Estado.⁷⁰

Evidente que a ideia de interesse público em Platão e Aristóteles era uma ideia de totalidade ética na qual liberdade e subjetividade estavam ausentes: “nos Estados antigos, o fim subjetivo era simplesmente um querer do Estado; na época moderna, ao contrário, reclamamos uma opinião, um querer e uma consciência próprios. Os antigos não possuíam nada nesse sentido; para eles, supremo era a vontade do Estado”⁷¹. Assim, para Hegel, como informa Cesar Augusto Ramos, Platão ocupa-se da melhor organização do Estado e não da felicidade individual e da liberdade subjetiva, destacando que o sentimento cívico comum dos gregos é o patriotismo, virtude política que ignora interesses e fins particulares.⁷²

⁶⁷MATTEI, Jean-François. **Platão**. São Paulo: Unesp, 2010. p. 134.

⁶⁸PLATÃO. **Diálogos. Leis e Epínomis**. v. XII e XIII. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980. p. 119.

⁶⁹Ibid., p. 120.

⁷⁰AMARAL, 1999, p. 87.

⁷¹HEGEL, G. W. F. **Realphilosophie d'Iena**. In: Naissance de la philosophie de l'etat. Commentaire et traduction. Paria: Payot, 1984 apud RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade subjetiva e estado na filosofia política de Hegel**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. p. 25.

⁷²HEGEL, 1984 apud RAMOS, 2000, p. 28.

Para Aristóteles, como para Platão, a vida em sociedade tem origem na necessidade que as pessoas têm de se reunir para obter aquilo que isoladamente não poderiam obter. Fazem-no, portanto, para buscar o bem-estar:

todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política.⁷³

A finalidade do Estado em Aristóteles está intimamente ligada a um pendor natural humano para a vida em comunidade. O estagirita afirmou que é um animal feito para a sociedade civil, e que mesmo que não tivesse necessidade de outros homens não deixaria de desejar viver em sociedade. O interesse comum é o que levaria as pessoas a viver juntas, e o Estado foi feito para possibilitar às pessoas viver bem em coletividade.⁷⁴

Em Aristóteles o Estado é fundamental para que o homem possa obter a plena realização de suas necessidades. E esta satisfação plena somente é possível pela submissão do interesse particular ao interesse da coletividade, objetivando o bem comum de forma imediata e tendo como objetivo o bem individual de forma mediata, o que, de certa forma não destoa da concepção de Estado dos pensadores gregos em geral. Como informa Diogo Freitas do Amaral, o conceito de Estado era globalizante e abrangia todos os aspectos, e era ao Estado que os filósofos pediam que regulasse os casamentos, a educação dos filhos, o exercício das virtudes morais individuais e até a prática da religião. A vida familiar, a moral e a religião eram assuntos de Estado, e o Estado era competente para os regular e decidir.⁷⁵

Francis Wolff observa a relatividade da afirmação aristotélica de que o homem é um animal político, sendo pois, um ser que vive naturalmente em comunidades políticas e que não pode ser feliz senão nessa vida com seus semelhantes, aduzindo que se os homens pudessem viver naturalmente em harmonia, sem paixões egoístas, o poder seria supérfluo, a vida política seria

⁷³ARISTÓTELES, 1991, p. 1.

⁷⁴Ibid., p. 45.

⁷⁵AMARAL, 1999, p. 115.

espontaneamente uma vida comunitária, então seria possível uma comunidade sem poder, uma sociedade sem polícia, uma vida política sem política. Para o autor, os homens têm natureza que os leva a querer viver em comunidades, no entanto somente podem fazê-lo sob coerção. São essencialmente sociáveis, mas é preciso forçá-los a entrar em sociedade e a acomodar-se aos outros. É o que Kant chamava de insociável sociabilidade. Insociável sociabilidade seria uma tendência de ingressar na vida social, associada a uma constante resistência em permanecer associado, o que constitui uma ameaça à sociedade. O homem então teria uma inclinação para associar-se, o que lhe conferiria meios para o desenvolvimento de suas disposições naturais. Porém, de forma contraditória, teria uma tendência para se isolar, pois teria um caráter insociável de querer dirigir tudo segundo seu próprio ponto de vista.⁷⁶

Diversamente de Platão, Aristóteles defendia a preservação da individualidade de cada ser humano, preconizando o pluralismo social e criticando aqueles defensores da unidade, para afirmar que a “cidade não se compõe apenas de uma multidão de homens, é composta de espécies diferentes de homens; por isso ela não subsistiria se todos eles fossem semelhantes e iguais”⁷⁷.

Assim, apesar de a formulação aristotélica de Estado pressupor a proteção de direitos individuais, como à isonomia⁷⁸, ao controle da ação estatal⁷⁹, à participação e ao bom governo⁸⁰, a finalidade primeira do Estado é o interesse comum, que Aristóteles inclusive reputa inseparável da Justiça: “o bem é o fim de toda ciência ou arte; o maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum”⁸¹.

⁷⁶KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Quarta proposição apud WOLFF, Francis. **A crise do estado-nação. A invenção da política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 30. Citação na p. 52, em notas finais. Para Francis Wolff o Estado define-se como poder absoluto e autônomo em relação à sociedade e como única autoridade legítima que a controla. Mas, em compensação, essa exterioridade do Estado em relação à sociedade civil, ou seja, essa onipotência do Estado em detrimento da coletividade permite, mais ou menos, a existência de uma esfera de liberdade para os indivíduos, deixa uma margem de independência, variável mas certa, às pessoas, às famílias, aos grupos e garante um jogo para os movimentos multidirecionais da sociedade e para as ações centrípetas de seus membros, suas opiniões ou seus interesses. Ao concentrar no Estado, isto é, fora dela mesma, todo o poder, a sociedade moderna renuncia a onipotência da coletividade sobre os indivíduos e os grupos sociais. (KANT apud WOLFF, 2003, p. 36.)

⁷⁷AMARAL, 1999, p. 117.

⁷⁸Ibid., p. 53.

⁷⁹Ibid., p. 120.

⁸⁰Ibid., p. 113.

⁸¹AMARAL, 1999, p. 146.

Essa configuração de interesse público é histórica e idealmente condicionada pelo princípio que anima o mundo grego, o da “bela individualidade”

onde o momento da personalidade individual não age movido pelo desejo de independência, nem pelo elemento da particularidade livre que opera na referência a si. A individualidade (ética) se restringe à categoria ideal do cidadão membro da totalidade.⁸²

O grego clássico desconhecia a noção de subjetividade livre e de consciência moral, vivendo em harmonia com o todo, sem a afirmação de um direito individual⁸³, fator a ser considerado para qualquer concepção de interesse público no mundo clássico. Porém, mesmo que se possa concluir que não há paralelo possível entre a ideia contemporânea de interesse público e o interesse público na concepção do mundo grego clássico, há ao menos um núcleo comum possível, inclusive ressaltado por Hegel como uma vontade objetiva: “para os gregos a pátria era uma necessidade, sem a qual eles não poderiam viver”⁸⁴. Assim, todavia desconhecido pelos gregos o princípio da liberdade subjetiva – base da eticidade grega –, e que o sentimento cívico fosse o patriotismo, que ignora interesses e fins particulares⁸⁵ – o que efetivamente torna a noção de interesse público no mundo clássico algo de fundamento diverso – é dedutível como núcleo comum a ideia de que há, em sociedade, interesses que, por serem públicos, devem prevalecer sobre interesses particulares.

O propósito das alusões a Rousseau, Hobbes, Platão e Aristóteles, por evidente, não foi o de esgotar o tema relacionado a algo que pudesse remeter à evolução histórica da noção de interesse público, mas tão somente o de demonstrar que a ideia de que em sociedade há interesses coletivos que por vezes devem se sobrepor aos interesses particulares.⁸⁶

O grego clássico não dava importância fundamental para a liberdade subjetiva. No pensamento político clássico de Platão – com mais ênfase – e de

⁸²AMARAL, loc. cit.

⁸³HEGEL, 1984 apud RAMOS, 2000, p. 27.

⁸⁴HEGEL. **Vorlesungen über die philosophie der Geschichte**, Werke 12, p. 309 apud RAMOS, 2000, p. 27.

⁸⁵Ibid., p. 28.

⁸⁶De acordo com a racionalidade de que o interesse público é elemento constitutivo e de manutenção do corpo social – remontando aos primórdios do pensamento político e jurídico ocidental.

Aristóteles, a liberdade subjetiva era menos importante do que as necessidades e os anseios da *polis*. A cidade constituía o meio, o instrumento para a realização humana, não obstante pudesse ser agressiva às posições individuais privadas.

Tal concepção de vida comunitária demonstra a preocupação com interesses que são de todos e que a todos importam, constituindo mesmo a própria razão de ser da vida social.

Parece ser este, um interesse coletivo⁸⁷, o elemento aglutinador de que trata Rousseau ao discorrer sobre o pacto social engendrado pela via do denominado contrato social. É clara a percepção de um motivo de interesse público, transcendente da motivação individual humana para que as pessoas se reúnam em sociedade com a finalidade de obter aquilo que isoladamente não lhes seria dado obter. A célebre teoria do contrato social foi concebida em torno da ideia de interesse público. É o que se pode concluir da análise da obra de Rousseau, especialmente quando aduz que “[...] é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência”⁸⁸. Esta soma de forças se daria pela formação de um contrato social, pelo qual cada ser individual abriria mão de parte de sua liberdade individual privada, transferindo-a ao grupo social, que se encarregaria de dela cuidar, para atingir propósitos sociais comuns: “cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”⁸⁹. Forma-se assim a pessoa pública, denominada de Estado quando é passivo, e de soberano, quando é ativo. Os associados adquirem o nome de povo.⁹⁰ Embora, obviamente, Rousseau não utilize a expressão na acepção contemporânea, parece inegável que a ideia de interesse público constitui o centro da teoria por ele sustentada. Pode-se encontrar

⁸⁷Engels faz uma importante consideração acerca do interesse coletivo como inclusive uma das razões pela qual se iniciou a vida coletiva: “para sair da animalidade, para realizar o maior progresso que a natureza conhece, era preciso mais um elemento: substituir a falta de poder defensivo do homem isolado pela união de forças e pela ação comum da horda” (ENGELS, 2002, p. 35), e o autor registra, ao analisar o embrionário Estado ateniense – que reputa a primeira significativa entidade de índole estatal – que um dos primeiros e principais traços característicos do Estado diz com o poder de polícia: “um dos traços característicos essenciais do Estado é a existência de uma força pública separada da massa do povo [...] para os cidadãos essa força pública só existia, a princípio, em forma de polícia; esta é tão velha como o Estado [...]” (Ibid., p. 131).

⁸⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1990. p. 30.

⁸⁹ROUSSEAU, 1990, p. 30.

⁹⁰ROUSSEAU, loc. cit.

inúmeros pontos de contato entre a noção de vontade geral, aquela que transcende a vontade individual e se volta para interesses também diversos dos individuais, e aquilo que se considera hoje o interesse público.

Outro prócere da formação do pensamento político contemporâneo, Thomas Hobbes da mesma forma apresenta o interesse público como célula matriz da formação das sociedades, e do Estado, trazendo importante consideração sobre o elemento psíquico inafastável para a apropriada apreensão do fenômeno social da conjugação de esforços individuais para a consecução de um objetivo transcendental em relação aos interesses particulares ou individuais.

É possível deduzir da obra de Hobbes que admitir a submissão de um interesse privado ao interesse público é racionalidade que envolve pretensões humanas. E as pretensões humanas são condicionadas pelos desejos pessoais, o que é da própria natureza humana, como registrou Hobbes: “e ao homem é impossível viver quando seus desejos chegam ao fim, tal como quando seus sentidos e imaginação ficam paralisados [...]”⁹¹. A busca da felicidade é, pois, a busca pela satisfação do desejo: “a felicidade é um contínuo progresso do desejo, de um objeto para outro, não sendo a obtenção do primeiro outra coisa senão o caminho para conseguir o segundo”⁹². Sob certo aspecto, pois, submeter ou aquiescer com a submissão do interesse privado a um interesse coletivo pressupõe ceder também em relação ao desejo.⁹³

Ao tratar da condição natural da humanidade relativamente à sua felicidade e miséria, Hobbes dá o primeiro indicativo concreto de que a vida social é instrumento necessário para a obtenção da felicidade humana quando afirma que no estado de guerra de todos homens contra todos os homens – predomínio do interesse individual absoluto –, não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o seu, e só pertence a cada homem o que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo.⁹⁴

Para Hobbes, ceder parte da liberdade ou do interesse individual é elementar para a constituição de um Estado que terá, a seu turno, a finalidade de perseguir o bem comum. Destaca, porém, que em tal situação também há um

⁹¹HOBBS, Thomas. **Vida e obra. Leviatã**. 3. ed. São Paulo: Abril, 1983. p. 61.

⁹²HOBBS, loc. cit.

⁹³E a satisfação do interesse privado ou desejo privado nem sempre pode ser tida como garantia de felicidade, como já indicava Heráclito: “para os homens não é melhor acontecer-lhes tudo o que querem” (HERÁCLITO. **Fragmentos contextualizados**. Rio de Janeiro: Difel, 2002. p. 173.).

⁹⁴HOBBS, 1983, p. 77.

desígnio de interesse pessoal ao afirmar que “ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita”⁹⁵. Aduz ainda que entre os homens é necessário mais que apenas um pacto para tornar consistente e duradouro o acordo de vida em sociedade. Nas sociedades humanas é necessária a instituição de um “poder comum” que os mantenha em respeito e dirija suas ações no sentido do benefício comum, conferindo força e poder a um homem ou a uma assembleia de homens que possa reduzir suas diversas vontades a uma só vontade – à multidão assim unida numa só pessoa, Hobbes denominou Estado, que tem como fim principal o bem comum.⁹⁶

Sobre a vontade geral Rousseau questiona se pode ser conhecida em casos em que sequer se expressou, ou se toda a nação deve se reunir todas as vezes em que algo inesperado ocorre, e conclui que seria inviável assim proceder quando fosse o povo muito numeroso, principalmente porque “quando o governo é bem intencionado, os governantes bem sabem que a vontade geral está sempre a favor daquilo que é mais adequado ao interesse público, isto é, o que é mais equitativo; assim, basta que ajam com justiça para estarem seguros de que seguem a vontade geral”⁹⁷.

Qualquer que seja a designação dada ao fenômeno, seja vontade geral, seja vontade coletiva, é notável a homogeneidade observada nos autores referidos no que se refere a interesses que suplantam os meramente individuais como um vetor significativo da união comunitária.

⁹⁵Ibid., p. 103.

⁹⁶Ibid., p. 105.

⁹⁷ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. São Paulo: Vozes, 1996. p. 242.

3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE INTERESSE PÚBLICO NO MODELO FEUDAL E NOS MODELOS DE ESTADO ABSOLUTO, LIBERAL, SOCIAL

Conceito jurídico indeterminado, de caráter multifário e multifacetado, a noção de interesse público é daqueles conceitos reflexos⁹⁸ e estritamente vinculados ao modelo de organização social e política de uma sociedade.

Ao analisar a ideia de interesse público no mundo grego clássico, tomando em conta as considerações de Platão e de Aristóteles a afirmação aparenta fazer bastante sentido. Diante do desconhecimento da liberdade subjetiva como móvel social, e da importância cívica do Estado (*polis*) para o grego clássico – fundamento da eticidade de que tratou Hegel –, a noção de interesse público era bem peculiar, e se pode encontrar nela aspectos bastante familiares à concepção contemporânea dele.

A compreensão satisfatória do fenômeno jurídico interesse público, de seu potencial e limites como fundamento de legitimidade da conduta do Estado, demanda compreender que se trata, pois, de conceito de formulação dependente do próprio contexto histórico, social, político e jurídico.

A atuação estatal pode ser dividida em quatro momentos históricos que servirão de parâmetro para sua abordagem com vistas ao interesse público. Os modelos feudal, do Estado Absoluto, do Estado Liberal e do Estado Social de Direito são importante referência para a compreensão do que se pode entender como interesse público na contemporaneidade.

Sobre o modelo feudal, Richard Howard Stafford Crossman informa que o “homem medieval encontrava-se preso ao país em que vivia [...] a economia da época, eminentemente agrícola, limitava-se a satisfazer as próprias necessidades [...]”⁹⁹. Não existia o Estado-Nação. As sociedades eram atomizadas e as comunidades, estabelecidas nas propriedades dos senhores feudais. A estabilidade da sociedade feudal dependia do poder dos senhores para manter a ordem no país. O rei possuía tudo, em tese, mas na prática a maior parte da terra era entregue a barões e senhores, em troca de determinados serviços. Os barões e senhores

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21.

⁹⁹ CROSSMAN, Richard Howard Stafford. **Biografia do estado moderno**. São Paulo: Ciências Humanas, 1980. p. 20.

arrendavam as terras recebidas do rei aos imediatamente inferiores, em troca de serviços. No final da cadeia de transferência de uso da terra estavam os servos, com uma infinidade de obrigações e pouquíssimos direitos, como informa Crossman.¹⁰⁰

No campo da política e da economia o panorama era paroquial, mas a influência da igreja católica era universal. A sociedade medieval constituída sob essas bases não se afastava muito da concepção utilitarista da vida social preconizada por Platão, Aristóteles, Hobbes e Rousseau. Sob qualquer enfoque, a vida em comunidade na sociedade feudal era melhor do que a vida em isolamento, se é que era possível, embora os proveitos da vida em coletividade não fossem distribuídos de forma isonômica e justa.

O feudalismo foi sistema de organização social típico da baixa idade média. Com a desestruturação do império romano produzida pelas invasões bárbaras que tiveram a primeira grande onda em 31 de dezembro de 406, a estrutura social baseada num governo central imperial foi esfacelada. As tribos bárbaras, que antes de contato com o império romano viviam em comunidades nas quais desconheciam a propriedade privada ou a ideia de um poder político permanente, sofreram forte influência dos povos invadidos, tornando a formação do Estado inevitável para a manutenção e adequação às novas realidades.¹⁰¹ Um dos principais efeitos das invasões bárbaras foi o feudalismo, produto da colisão entre dois modos de produção, o primitivo (dos bárbaros invasores) e o antigo (dos povos integrantes do império romano) – síntese dos legados romano e germânico.¹⁰²

O modo de produção feudal na Europa Ocidental era regido pela terra e por uma economia natural, na qual nem o trabalho nem os produtos do trabalho eram bens. Quem cultivava a terra não era proprietário dela. A propriedade agrícola era controlada por uma classe de senhores feudais, que extraíam dos produtores uma quota-parte à base da coação extraeconômica, num exercício de exploração econômica e autoridade política. Essa relação era de índole escalonada – na medida em que um senhor feudal poderia ser vassalo de outro que lhe fosse superior, e assim sucessivamente até se chegar na figura de um monarca, titular de todas as terras. Nesse modelo, as funções de Estado se desagregavam em concessões

¹⁰⁰CROSSMAN, 1980, p. 19.

¹⁰¹ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p.109.

¹⁰²Ibid., p. 123.

verticais sucessivas e a cada nível estavam integradas às relações econômicas e políticas.¹⁰³

Como informa Perry Anderson, o monarca era um suserano feudal de seus vassallos, e não um suserano supremo posto acima de seus súditos. Recursos econômicos provinham de seus domínios pessoais e das contribuições que pedia aos vassallos de natureza eminentemente militar. Fora de seus domínios era uma simples figura decorativa. O modelo estava estratificado para baixo de tal modo que no ápice não havia nenhuma autoridade plenipotenciária de forma alguma.¹⁰⁴

Tal estrutura orgânica fez com que o governo se tornasse a aplicação da justiça, com posição funcional distinta da que hoje se conhece no modelo capitalista.

Um dos traços característicos do modelo feudal era a subordinação de indivíduo a indivíduo, ou ser o homem de outro homem, sem ter em conta qualquer distinção de classe: o conde era o homem do rei, como o servo era o homem do senhor de sua aldeia. A vassalagem constituía uma forma de proteção e de dependência. As relações de proteção no modelo feudal deram origem a instituições jurídicas originais em razão do enfraquecimento de outros quadros sociais, em especial do desmoronamento das estruturas jurídico-administrativas do Império Romano.¹⁰⁵ O Estado não oferecia proteção suficiente e a comunidade da aldeia somente dispunha da força de sua polícia interna. A comunidade urbana mal existia. Havia necessidade por parte dos fracos de se aproximar de alguém mais poderoso que, por sua vez, somente podia manter seu prestígio e sua fortuna por meio da persuasão ou da força, obrigando ou cooptando os inferiores a ajudar. O sistema de relações pessoais fundamentalmente se dava em razão de dependências e de proteções no qual um mesmo homem era protetor dos mais fracos e dependente de um mais forte.¹⁰⁶

Antonio Manuel Espanha esclarece que o pensamento medieval estava focado na ideia de que cada parte do todo cooperava de forma diferente na

¹⁰³ ANDERSON, 2000, p. 144. Informa ainda o autor que “a justiça era a modalidade central do poder político assim especificado pela própria natureza da forma de governo feudal. A pura hierarquia feudal excluía absolutamente qualquer executivo no sentido moderno de um aparato de Estado administrativo permanente para reforço da lei: a parcelarização da soberania tornava-o desnecessário e impossível [...] Dessa maneira o poder político por algum tempo chegou a ser identificado realmente com a função meramente judiciária [...] na ausência de qualquer burocracia pública, coerção e administração local, os poderes de fiscalização, decisão, cobrança de impostos e de fazer cumprir a lei inevitavelmente se lhe incorporaram”.

¹⁰⁴ Ibid., p. 147.

¹⁰⁵ BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 161.

¹⁰⁶ Ibid., p. 162.

realização do destino cósmico. Assim, a unidade da criação era uma unidade de ordenação, ou seja, uma unidade em virtude do arranjo das partes em vista de um fim comum. Havia também uma ideia de indispensabilidade de todos os órgãos da sociedade, e, portanto, a ideia de impossibilidade de um governo político absolutamente centralizado: “tão monstruoso como um corpo que se reduzisse à cabeça, seria uma sociedade em que todo o poder estivesse concentrado no soberano”¹⁰⁷.

Numa estrutura social de modelo feudal, a inexistência de aparato estatal organizado remetia às comunidades a autonomia em relação às necessidades públicas. Certo que a fundamental e primeira necessidade pública era a de defesa e de proteção contra a violência externa, mas a isso não se resumiam os propósitos da vida comunitária.

A ausência de uma formação estatal trazia em resultado a impossibilidade da satisfação de necessidades públicas por intermédio de uma estrutura orgânico-funcional estável. A rigor, portanto, não se pode argumentar em favor da existência de serviços públicos ou atividades estatais determinadas à satisfação de necessidades coletivas.

A índole atomizada das sociedades, os feudos, unidos por laços políticos muito tênues, impedia o desenvolvimento de uma estrutura organizacional efetiva orientada aos propósitos públicos. Ao reverso, o objetivo do feudo eram primordialmente os interesses do senhor feudal.

Ainda assim seria possível reconhecer a existência de um núcleo comum de necessidades ou de propósitos a justificar ou mesmo a exigir a vida em sociedade, como, por exemplo, os propósitos da segurança. Os relatos acerca da comunidade feudal dão conta de que havia efetivamente determinados objetivos comuns, ou interesses comuns, somente alcançáveis por intermédio da vida comunitária. Pode-se então deduzir do sistema feudal um propósito comum, correspondente às peculiares condições sociais, políticas e jurídicas da época.

Os feudos não constituíam unidades absolutamente autônomas, o que ensejava a necessidade de interação comercial entre as comunidades. O comércio e as relações intersubjetivas produziram uma movimentação social significativa ao longo dos anos. As relações de produção e de comércio produziram um fenômeno

¹⁰⁷ ESPANHA, Antonio Manuel. **As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal séc. XVII**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 299.

que modificaria as estruturas políticas e sociais de forma decisiva: a formação das cidades independentes de um sistema ou regime de feudo. Com a formação das cidades e a ampliação das relações comerciais entre os habitantes de feudos diferentes a configuração sociopolítica se modificou substancialmente.

A complexidade das novas relações intersubjetivas produziu em escala proporcional novas demandas públicas, até então inexistentes, inclusive quanto à segurança das pessoas. E produziu também uma nova classe social vinculada aos novos meios de produção econômica, a classe burguesa.

A reconfiguração política derivada das modificações da sociedade pós-feudalista levou a um modelo centralizador, no qual o poder era exercido pelo monarca em caráter absoluto. As monarquias absolutas caracterizaram-se pela não submissão a nenhuma Constituição ou norma jurídica.

O modelo feudal reconhecidamente foi embrionário do modelo absoluto, que era, no dizer de Mário Lúcio Quintão Soares “um aparelho de dominação feudal alargado e reforçado, destinado a fixar as massas camponesas na sua posição social tradicional”¹⁰⁸. O enfraquecimento do poder dos senhores feudais decorrente de modificação das relações econômicas e políticas dentro dos feudos e entre os feudos produziu o deslocamento da coerção política para uma cúpula dotada de poder centralizado e militarizado¹⁰⁹. O poder atomizado, fragmentado e distribuído entre o rei e os senhores feudais passou a ser concentrado e unificado na pessoa de um soberano absoluto, em regime de monarquia absoluta¹¹⁰.

O Estado Absoluto tornou-se um “grande tutor dos seus cidadãos, em cujas mãos se concentram o poder político, a autoridade religiosa e a política econômica do país”, traços que o caracterizaram como Estado-polícia, em razão da larga ingerência estatal nas diversas dimensões da vida das pessoas¹¹¹, tido inclusive como um Estado reformador da sociedade e distribuidor de luzes, em que pese

¹⁰⁸SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado. Introdução**. Belo Horizonte: DelRey, 2004. p. 83.

¹⁰⁹Ibid., p. 84. Reinhold Zippelius, a propósito, pondera que a monarquia absoluta “distingue-se da monarquia estamental sobretudo pelo facto de se terem consolidado nela as competências de soberania num poder estatal homogêneo, que em último termo fica na disponibilidade do monarca absoluto (ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 211.).

¹¹⁰Para Zippelius, essa forma de Estado distingue-se da monarquia estamental ou de classes e grupos sociais autônomos, em atenção principalmente a que as faculdades e poderes políticos se fundiram nela num só poder estadual homogêneo, do qual dispõe, ao fim e ao cabo, um monarca absoluto (ZIPPELIUS, op. cit., p. 77.).

¹¹¹ZIPPELIUS, op. cit., p. 136.

como contrapartida produzir um recuo em matéria de garantias individuais face ao Estado.¹¹²

As monarquias absolutas, como salienta Perry Anderson, tiveram o condão de introduzir exércitos regulares, criar uma burocracia permanente, o sistema tributário nacional, a codificação do direito e as bases para um mercado unificado. Elas coincidem com o desaparecimento da servidão, que era o centro do modo de produção feudal na Europa, fazendo com que a concepção de Marx e Engels, de que o absolutismo correspondia a um equilíbrio entre a burguesia e a nobreza, fosse plausível¹¹³.

Referidas alterações estruturais produziram grande impacto nas formas do Estado, mas o absolutismo foi apenas um “aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional”, como informa Anderson, para quem o Estado absolutista nunca foi um árbitro entre a aristocracia e a burguesia: ele era a nova carapaça política de uma nobreza atemorizada.¹¹⁴ Assim, as estruturas do Estado Absolutista tiveram como objetivo primordial a proteção da propriedade e dos privilégios aristocráticos. A nova classe emergente, originada das transformações dos modos de produção feudais – em especial as relações comerciais e de produção manufatureira –, teve também assegurados seus interesses básicos.¹¹⁵ O absolutismo teve caráter feudal, fundamentado na supremacia social da aristocracia e confinado aos imperativos da propriedade fundiária, ao menos no período inicial.¹¹⁶

No Estado Absoluto, o poder se colocava acima do direito¹¹⁷, uma espécie de antimodelo em relação ao Estado de Direito. Qualquer que seja a fase do Estado

¹¹²AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 1994. p. 78.

¹¹³ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 17.

¹¹⁴Ibid., p. 18.

¹¹⁵Ibid., p. 39.

¹¹⁶Ibid., p. 41.

¹¹⁷Ressalve-se que, para autores como Pietro Costa, o absolutismo dos séculos XVII e XVIII caracterizado por um poder desenfreado e ilimitado é um equívoco porque o processo de um centro soberano é lento e confuso e choca-se com resistências locais, forças centrífugas, poderes e direitos de corpos, cidades e classes que na França somente o Estado pós-revolucionário conseguiria debelar, não se podendo omitir os limites de poder decorrentes de respeito à lei divina, à lei natural, aos pactos com os súditos e às lei fundamentais do reino. O autor chega a afirmar que o Estado Absoluto “é o mais bem-sucedido Estado de Direito: um Estado, exatamente pelo direito (e pelos direitos), titular de uma soberania que, longe de criar com sua potência legiferante uma ordem integralmente dependente dela, encontra uma ordem já constituída, defronta-se com direitos e privilégios que florescem à sua sombra e sofre os inevitáveis condicionamentos de um e de outros” (COSTA, Pietro. O estado de direito: uma introdução histórica. In: _____. **O estado de direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 101.).

absoluto considerada – a patrimonial ou a fase de polícia –, a marca era a vontade arbitrária do príncipe. Houve gradual desaparecimento de defesa dos particulares em relação às ofensas do Poder e se reduziu gradativamente a preocupação dos parlamentos e dos tribunais em defender os interesses particulares. A atenção do príncipe e das atividades do Estado se direcionaram, por outro turno, à transformação de seus países em sociedades cultas e esclarecidas.¹¹⁸

Se, na primeira fase do Estado absolutista, o poder absoluto se fundava na noção de soberania, na fase seguinte, é a ideia de polícia, ou do direito do Príncipe de intervir em todos os domínios no interesse do bem público que fundamenta a ação do Estado: a denominada *raison d'État*. O Príncipe tinha dever jurídico de providenciar o bem-estar geral, por intermédio do *jus politiae* – “possibilidade de intervir pessoalmente ou por intermédio dos funcionários do Estado, sem limites em todos os domínios, dos mais aos menos importantes, desde que o próprio Príncipe o considere necessário para a prossecução do bem público”¹¹⁹.

Há certa convergência entre os historiadores no sentido de afirmar que o sistema absolutista se originou da necessidade de manutenção das relações de poder. Destinou-se, então, pela concentração do poder político, a produzir a manutenção de parcelas de poder aristocrático. Num modelo político concentrado, porém originário das necessidades específicas de uma ou poucas classes ou categorias sociais, fica evidente a impossibilidade de extrair uma ideia de interesse público efetivamente relacionada a anseios e aspirações do corpo social. O novel sistema tributário organizado produzia receitas que eram gastas também no interesse do Estado. Lembre-se que por interesse do Estado à época se deve entender primordialmente interesse da nobreza, do clero e da própria realeza.

Porém, é inevitável deduzir do próprio modelo de organização social, em especial desde a criação de cidades autônomas, independentes do domínio feudal e fruto das relações de comércio necessárias à satisfação das também novas necessidades das pessoas, que havia necessidades públicas a serem atendidas, ligadas à segurança, saúde, limpeza ou mesmo regulação de toda a atividade social.

Por contraditório que pareça, também aqui a formação estatal também se dirigia para a satisfação das necessidades coletivas, e, também, parte dos recursos

¹¹⁸NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito. Do estado liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987. p. 27.

¹¹⁹Ibid., p. 28.

da arrecadação tributária eram gastos com despesas públicas, como a construção de obras. É possível identificar um núcleo comum remissível à noção de interesse público. Era, no modelo de Estado Absoluto, identificável um interesse ou conjunto de interesses que não equivalia à mera soma dos interesses particulares, que estava sob a guarda ou a tutela do Estado soberano.

Estes, tendo em vista o distanciamento necessário por força da soberania do Monarca Absoluto, somente tinham assegurada alguma garantia de seus interesses em relação ao Estado pela aplicação de teorias concebidas para resguardar a figura do monarca. Exemplo dessas teorias são a Teoria do Fisco ou a doutrina concebida pelas Cortes inglesas no decorrer do século XVII.

Por intermédio do Fisco, que tinha patrimônio mas não tinha poder público (prerrogativa do Rei), era possível o estabelecimento de relações jurídico-privadas com os particulares para que pudessem opor ao Estado seus direitos – a atividade de direito privado da Administração Pública.¹²⁰ Já quanto às Cortes inglesas no século XVII, conceberam doutrina para neutralizar a imunidade do soberano fundada no fato de que o soberano, embora não pudesse errar (“the king can do no wrong”, para utilizar a conhecida expressão), podia fazer uso ilegítimo de seu poder aconselhado por péssimos conselheiros e sob influência de ministros malvados.¹²¹

No Estado Absoluto, a reflexão sobre a atuação estatal na persecução de fins de interesse público fez surgir a constatação acerca da incompletude do direito comum para regular as relações entre as pessoas e o Estado, partindo da premissa de que existiam algumas situações envolvendo polícia ou administração geral, quando o Estado agia para o interesse de todos e para buscar o bem comum seria necessária a aplicação de um regime jurídico diferente daquele que regia as relações entre os particulares, especialmente se considerada a imunidade atribuída ao soberano absoluto, que, por seu turno, se identificava com o próprio Estado.¹²²

No entanto, tal parcela identificável de interesses públicos era, o que também se deduz da configuração econômica do modelo absoluto, muito superior à quantidade de atenção estatal a ela dedicada. Como visto, o fato de o modelo absoluto, em essência, ou ao menos em origem, destinar-se à preservação de

¹²⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 24.

¹²¹ SANTORO, Emilio. Rule of Law e liberdade dos ingleses. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria e crítica. Tradução de: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 203.

¹²² ESTORNINHO, op. cit., p. 28.

prerrogativas da aristocracia, e a assegurar prerrogativas à novel classe burguesa, leva à conclusão no sentido da desproporcionalidade entre aquilo que era fruto da vida em comunidade e a efetiva distribuição desses proveitos entre seus habitantes.

Diante de tal modelo político, não se pode afirmar que o Estado se destinava à satisfação do interesse público, mas é possível cogitar que havia interesses generalizados que o Estado satisfazia mediante conduta positiva. Tal constatação, contudo, não equivale a identificar como fundamento ou finalidade do Estado a satisfação de necessidades públicas. Pode-se então supor que no modelo de Estado Absoluto a satisfação dos interesses e das necessidades públicas não constituía fundamento de legitimidade da ação estatal, mas apenas uma de suas atribuições, na medida em que fosse isso compatível com os interesses e possibilidades das classes dominantes. E, o que é relevante, é a constatação de que cabia ao Príncipe, ao monarca, dizer o que era o interesse público a ser perseguido pela ação do Estado.

O modelo de Estado absolutista¹²³ teve, dentre outras, duas características fundamentais: a elevada intervenção estatal nos diversos aspectos da vida social – em especial na fase do Estado-polícia; e a formação de uma estrutura orientada à primordial satisfação de interesses das classes dominantes, em especial da aristocracia.

O inconformismo com o Estado-polícia e o anseio pela obtenção de maior poder político fez surgir o movimento liberal, que propugnava pela menor intervenção do Estado na vida das pessoas. Claro que o Estado referência do liberalismo era o Estado Absoluto, efetivamente invasivo, o que redundou na óbvia busca por mais liberdade de ação nas diversas dimensões possíveis da vida em comunidade. Como ensina Jorge Reis Novais: “o Estado limitado juridicamente aparece, como vimos, indissociavelmente ligado à luta da burguesia contra o Estado de Polícia e à sua tentativa de racionalização integral da vida da sociedade e do Estado”¹²⁴.

O liberalismo é produto do Iluminismo e coloca o indivíduo no centro da vida social. Segundo Reinhold Zippelius,

¹²³ Mesmo tendo em conta o caráter processual da história, pode-se identificar como termo final do Estado Absoluto o advento da Revolução Francesa de 1789.

¹²⁴ NOVAIS, 1987, p. 37.

durante o século XVIII a teoria filosófica da autonomia moral do indivíduo, a exigência política de direitos e garantias fundamentais do cidadão e a teoria da economia nacional, segundo a qual a vida econômica se desenvolve só como resultante duma proteção adequada dos interesses individuais que se defrontam em livre concorrência, convergiram na tendência para limitar a actuação do Estado.¹²⁵

No modelo liberal, o Estado não deve influir ou colocar-se acima da fé religiosa, cuidar da moralidade ou regular a vida econômica.

As funções estatais devem se limitar a garantir a propriedade e a segurança dos cidadãos, deixando todos os demais campos da vida social livres à iniciativa dos indivíduos. Os mais capazes terão êxito, e o êxito individual aumentará o nível do bem-estar geral automaticamente.¹²⁶

Essa caracterização liberal se constrói em torno de uma separação ideal entre Estado e sociedade, especificamente no tocante (i) à separação entre política e economia: a vida econômica devia ser entregue à regulação do mercado; (ii) à separação entre Estado e moral: a moralidade é assunto concernente à consciência do indivíduo; e (iii) à separação entre Estado e sociedade civil: o Estado somente deve garantir a paz social que permita o desenvolvimento da sociedade de acordo com suas regras próprias.¹²⁷

A premissa do liberalismo foi a de que “o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo [...] o poder era o maior inimigo da liberdade”¹²⁸. Para a doutrina liberal o Estado *gendarme* era demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum, que somente seria alcançável quando os indivíduos se entregassem à livre e plena expansão de suas energias criadoras, livres de qualquer ingerência estatal; e da oposição entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca nasceu a primeira noção de Estado de Direito.¹²⁹

A discussão que se posta com o liberalismo é respeitante à limitação do poder – tendo como referência o poder absoluto do monarca – que culminou na

¹²⁵ZIPPELIUS, 1984, p. 140.

¹²⁶ZIPPELIUS, op. cit.

¹²⁷NOVAIS, 1987, p. 52.

¹²⁸BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 40.

¹²⁹BONAVIDES, op. cit.

instituição do Estado de direito e na doutrina da separação dos poderes, como já anteriormente defendida por Aristóteles.

Parte a doutrina liberal da premissa de que o fim do Estado é a liberdade individual, para a qual o Estado mais perfeito é aquele que mais permite e garante a liberdade individual. O Estado não teria um fim próprio, mas coincidente com os “fins múltiplos dos indivíduos” – tinha como preocupação “colocar os seus próprios cidadãos em condições, mediante garantia de liberdade externa, de perseguir, segundo seus próprios pensamentos, os fins religiosos, éticos, ou econômicos que melhor correspondessem a seus desejos”¹³⁰.

Para Norberto Bobbio, em Kant reside a melhor formulação da concepção liberal de Estado em face de sua contraposição ao pensamento dominante à época de que ao Estado cabia buscar a felicidade dos súditos. A noção relativa de felicidade indicava que cada indivíduo deveria perseguir aquilo que o tornaria feliz, não se podendo cogitar de uma regra geral de felicidade. Para Kant, então, a finalidade do Estado, ou a lei suprema frente a qual todas as outras devem ceder é sua constituição legal, que garanta para cada um alcançar a felicidade pessoal. A função do Estado seria a de instituir um sistema de leis que propiciasse, em regime de liberdade, a busca individual da felicidade.¹³¹

O liberalismo engendrou e produziu revoluções e alterações extremas dos padrões sociais. A doutrina que preconizou a limitação do poder do Estado – do monarca – concebeu e implantou efetivamente um sistema político no qual o Estado deveria se submeter ao direito, às leis. E as leis representariam a vontade popular no que tangia aos propósitos do Estado, que de qualquer sorte não teria mais autorização para atuar em outro sentido que não o de resguardar as liberdades individuais. O Estado de Direito é um produto liberal, assim como o é o constitucionalismo. A ideia de submissão do Estado a um regime constitucional é de índole liberal.

Tem-se então, nesse modelo, um deslocamento radical do eixo de atuação do Estado e da concepção do que seja o interesse público. Se no modelo absolutista o interesse público era ditado pelo monarca absoluto, e para isso se voltava parte da atuação estatal, na concepção liberal de Estado, o interesse público maior era a

¹³⁰BOBBIO, 1992, p. 133.

¹³¹Ibid., p. 135.

liberdade individual. Toda a ação estatal se legitimava e se justificava na medida em que fosse orientada para a realização dessa finalidade última de liberdade subjetiva.

Mesmo que esse fosse o propósito do Estado Liberal, parece também naquele modelo ser possível aferir um núcleo de necessidades públicas que desbordavam de qualquer relação possível com a liberdade subjetiva e somente passível de satisfação mediante ação de uma entidade também pública.

Se os interesses privados eram minimamente atendidos no período do Estado Absoluto, tendo em conta que a ingerência estatal era significativa a ponto de lhe conferir a alcunha de “Estado de Polícia”, o abstencionismo e a cláusula da não intervenção estatal prevalentes no Estado Liberal não foram suficientes para o atendimento das expectativas e pretensões coletivas.

As mudanças econômicas, políticas e sociais havidas a partir do início do século XX produziram demandas até então inexistentes e quiçá inimagináveis em relação a necessidades públicas. Fenômenos como a revolução industrial, que produziu significativas mudanças nas relações de trabalho, ou como a I Guerra Mundial, que igualmente levou o mundo a um estado de coisas sem precedentes quanto à destruição, fizeram florescer um conjunto de anseios e demandas impossíveis de serem atendidos pela iniciativa privada e pela lógica do mercado. Seja porque as atividades necessárias à satisfação de tais novéis demandas públicas não tinham aptidão para o lucro, seja porque não havia na iniciativa privada o instrumental material, técnico ou econômico para uma atuação condizente a corresponder aos anseios sociais, volta-se para o Estado como instrumento único a possibilitar tal desiderato.

Passa-se, pois, do período do “laissez faire” para proposição do tipo “faire elle-même”, e o Estado passa a assumir ele próprio determinadas atividades econômicas. A não intervenção estatal, tão cara ao Estado Liberal como forma de proteção do cidadão, dá lugar à exigência de intervenção pública como forma de assegurar essa proteção. Como ressalta Maria João Estorninho, uma das principais características do Estado Social é o alargamento das funções públicas como instrumento de realização da felicidade individual, passando a ocupar-se de tudo, desenvolvendo sua atividade em todos os setores da vida econômica e social.¹³²

¹³²ESTORNINHO, 1999, p. 37.

Surge no cenário o Estado Social como uma síntese democrática, representando uma conciliação dialética entre os anseios da classe trabalhadora – cuja emancipação em relação à burguesia era apregoada por Marx como possível apenas a partir do uso da força – e os reclamos do capital pela aplicação da ideologia liberal.¹³³

Com o Estado Social há o desprendimento do controle burguês de classe, que se enfraquece, e o Estado passa a pretender ser o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital, buscando superar a contradição entre a igualdade política e a igualdade social.¹³⁴

O contexto social, político e econômico deflagrador do modelo de Estado Social é com precisão indicado por Paulo Bonavides ao apontar que o Estado foi coagido pela pressão das massas a instituir direitos do trabalho, da previdência, da educação. Passou a intervir na economia como distribuidor, determinar os salários, manipular a moeda, regular preços, combater o desemprego, proteger os enfermos, dar ao trabalhador e ao burocrata a casa própria. Determina o controle das profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, constitui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas e põe todas as classes da sociedade na sua mais estreita dependência, “em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, neste instante, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social”¹³⁵.

Como ressaltado por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, “a grande modificação introduzida pelo Estado social tem que ver com o crescimento quantitativo e qualitativo das funções por si desempenhadas”¹³⁶, aumentando a intensidade das funções tradicionais e atuando na execução de novas tarefas nos domínios econômicos e sociais. Trata-se de um modelo de Estado que tem a missão de prover ao conjunto da sociedade os sistemas vitais, como serviços públicos

¹³³BONAVIDES, 1996, p. 176.

¹³⁴Ibid., p. 185.

¹³⁵Ibid., p. 186. Importante registrar que, consoante pondera Paulo Bonavides, o modelo de Estado Social pode apresentar feições autoritárias ou totalitárias, como o Estado nazista ou o Estado fascista, ambos categorizáveis como Estados Sociais. Para este estudo, apenas se considera o Estado Social em seu cariz democrático.

¹³⁶PEREIRA DA SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 73.

essenciais e de prestações como emprego, segurança, saúde, garantindo um mínimo de bem-estar, constituindo um Estado de prestações.¹³⁷

A configuração, como pontua Maria Sylvia Zanella di Pietro, faz incorporar à noção de Estado a ideia de bem comum, identificando-a com o interesse público¹³⁸, levando-a a apresentar a proposta formulada por Marie-Pauline Deswarte de uma nova concepção para caracterizar o bem comum:

a) ele se fundamenta na natureza humana, sendo, por isso mesmo, universal: ele considera um conjunto de valores humanos feitos de direitos e deveres, que não podem privilegiar uns em detrimento de outros;

b) ele deve ser adaptável segundo o progresso da época, dinâmico, voltado para o futuro, porque ele deve enraizar-se no concreto e oferecer aos indivíduos valores de ordem e de justiça; isso traz algumas consequências: (1) o interesse geral não é apanágio do Estado, porque cada indivíduo e cada pessoa jurídica tem uma parcela de responsabilidade social; (2) isto supõe que a sociedade não seja considerada como um sujeito à parte, transcendente, que fará cumprir a vontade do grupo; (3) isto supõe também que se trate de um verdadeiro bem, de conteúdo moral, e não de simples interesse utilitário, pois este gera o egoísmo;

c) o bem comum é superior ao bem individual; a dignidade de todo homem quer que ele possa participar de um bem maior que seu próprio bem: é isto que o torna um ser social;

d) o bem comum é fundamento e limitação ao poder político; fundamento porque o poder se constitui para atingir o bem comum; e limitação, porque, sendo seu objetivo o bem da pessoa humana, o Estado só deve intervir na esfera da liberdade individual, atendendo ao princípio da subsidiariedade, respeitando o equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a autoridade do Estado. Sempre que o indivíduo ou o grupo sozinhos possam agir, o Estado não deve intervir; o bem comum se exprime através da lei, não uma lei puramente formal, mas sim uma lei que atenda ao bem comum.¹³⁹

¹³⁷ PEREIRA DA SILVA, 1998, p. 73.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. **Revista Interesse Público**, ano 11, n. 56, Belo Horizonte: Forum, jul./ago. 2009. p. 41.

¹³⁹ DESWART, Marie-Pauline. Intérêt general, bien commun. *Revue de Droit Public*, v. 5, 1998 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: _____. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito público*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 90-91.

Analizados, ainda que brevemente, os modelos de Estado e os períodos da história acima referidos, é possível deduzir que, no modelo de Estado Social, a noção de interesse público surge com mais evidência e vigor jurídico.¹⁴⁰

Os contornos do interesse público passam a ser delimitados pelo descarte ou pela superação dos limites impostos pelo liberalismo que marcava o modelo de Estado Liberal, no qual as pretensões ou interesses egoístas privados produziam influência marcante na forma pela qual se exerciam as funções públicas, como limite e como fundamento.

3.4 INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO PÓS-MODERNO: PÓS-MODERNIDADE NO ESTADO BRASILEIRO?

Pós-modernidade, na sua dimensão jurídica, talvez seja um dos conceitos mais complexos e indeterminados da atualidade. Admitir uma pós-modernidade implica admitir o final da modernidade, ou da superação do que Habermas chama de projeto da modernidade. Para Habermas, informa David Harvey, o projeto da modernidade entrou em cena no século XVIII, e equivalia “a um extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas”¹⁴¹.

O propósito desse esforço intelectual era o de utilizar o acúmulo do conhecimento humano como instrumento de emancipação e enriquecimento. O domínio da natureza implicaria em eliminar a escassez, a necessidade e a arbitrariedade das calamidades naturais. A libertação da irracionalidade do mito, da religião, da superstição, do uso arbitrário do poder e mesmo do lado sombrio da natureza humana seriam possíveis mediante utilização de formas racionais de organização social e de modos racionais de pensamento.¹⁴²

¹⁴⁰ Mesmo quando se adota a posição de atribuir ao princípio da subsidiariedade uma posição de destaque no sistema jurídico, o que é bastante questionável, parece inegável que se encontra no modelo de Estado Social uma preocupação adjetivada com as necessidades coletivas, traduzida em efetiva ação estatal voltada a satisfazê-las de modo a ser possível atribuir ao Estado a designação de prestador.

¹⁴¹ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 13. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992. p. 23.

¹⁴² HARVEY, loc. cit.

O projeto da modernidade, de inspiração iluminista, foi uma concepção otimista que enfrentou antagonismos e paradoxos.

As formas racionais de organização social e os modos racionais de pensamento modernos produziram de fato benefícios inegáveis para a humanidade, mas, em evidente contradição interna, produziram os excessos da Revolução Francesa e mais recentemente, guerras mundiais, ameaça de aniquilação nuclear. Pode-se então reputar que o projeto do iluminismo “estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca da emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da libertação humana”¹⁴³, na medida em que a ânsia pela dominação da natureza envolvia o domínio dos seres humanos.

Pós-modernismo, por óbvio, evidencia um movimento de substituição, posterior e mesmo de superação do modernismo em suas multifacetadas representações.¹⁴⁴

Filosofia, política, economia e direito, ainda que sem a delimitação temporal precisa verificada na arquitetura, sofreram influência do movimento pós-modernista que prega a insuficiência do modelo de raízes iluministas como fio condutor predominante para o delineamento das relações sociais.

Por evidente, não é o propósito específico deste texto a análise ou o aprofundamento do que se convencionou denominar pós-modernidade. Referir-se-á à pós-modernidade como um período de contexto social diverso daquele característico da modernidade, para o fim proposto de investigar sobre o que se pode identificar como interesse público nesse contexto.

Para este desiderato, a investigação sobre interesse público, pós-modernidade há de ser compreendida como o contexto jurídico e social contemporâneo, no qual as premissas da modernidade se mostraram se revelaram ou insuficientes ou ilegítimas para a consecução de objetivos comunitários de interesse geral e para a universalização do bem-estar social.

Pode-se reputar unívoco o pensamento no sentido de que o denominado projeto da modernidade foi insuficiente para os propósitos originalmente formulados pelo iluminismo, que teve como instrumental também originário o aparato do Estado

¹⁴³HARVEY, 1992, p. 23.

¹⁴⁴No âmbito da arquitetura, há um final simbólico objetivo do modernismo e da passagem para o pós-moderno: 15h32min de 15 de julho de 1972, com a dinamitação do projeto de desenvolvimento da habitação Pruitt-Igoe, de St. Louis, reputado como ambiente inabitável para as pessoas de baixa renda que abrigava (Ibid., p. 45).

Liberal. O instrumento institucional subsequente, o Estado Social, igualmente se mostrou inadequado para a integral implementação dos objetivos da modernidade, ao menos na ótica daqueles que defendiam a redução da intervenção estatal na sociedade e na economia. Boaventura de Souza Santos reconhece o caráter instrumental do Estado Social quando afirma que “foi [o Estado Social] a instituição inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista”¹⁴⁵. A conclusão no sentido da insuficiência e mesmo inadequação de um modelo de Estado intervencionista orientado à satisfação plena de necessidades e anseios sociais demanda uma nova fórmula jurídica e social.

Sob determinado aspecto, ainda que portador de inúmeras contradições internas, o modelo concebido para substituir o Estado Social teve índole neoliberal, vale dizer, um modelo de Estado que retomava a orientação jurídico-política estatal não intervencionista e reducionista pós-revolução francesa.

Com raízes na década de 1950, o movimento neoliberal se assume institucionalizado nos Governos Ronald Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, que implementaram inúmeras medidas destinadas à redução da intervenção e do tamanho do Estado. As medidas adotadas nos países centrais acabaram sendo posteriormente assimiladas e observadas em países periféricos como o Brasil, que em 1998 deu início a um intenso processo de desestatização e de privatizações de atividades anteriormente postas nas mãos do Estado.

O movimento neoliberal, portanto, seria a expressão da pós-modernidade na esfera política, na esfera jurídica e na esfera econômica. Esse movimento não apresentou uma fórmula universal e universalizante orientada à plenitude da satisfação das necessidades sociais, pois, como bem obtempera Lenio Streck, “a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou welfare state tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve Estado Social”, afirmando ainda que no Brasil a modernidade é tardia e arcaica, e o que houve foi um simulacro de modernidade.¹⁴⁶ É de se concordar com Lenio Streck, pois no Brasil os pretendidos

¹⁴⁵SANTOS, Boaventura de Souza apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 20.

¹⁴⁶STRECK, 1999, p. 22-23.

efeitos da modernidade jamais se evidenciaram de modo universal. A situação de extrema pobreza vivenciada em diversas regiões do país e mesmo em grandes bolsões de miséria nas metrópoles contrasta com padrões de consumo dignos de primeiro mundo mantidos pelas classes sociais mais abastadas.

Independentemente das conclusões que se possa adotar sobre a efetivação do projeto da modernidade em relação ao Estado brasileiro, parece possível identificar traços bastante claros de um Estado pós-moderno no Brasil.

Isso porque o mundo contemporâneo é um mundo pós-moderno, o que se pode deduzir por intermédio de dois fenômenos básicos: a globalização e a tecnologia da informação. A unificação dos mercados mundiais é uma realidade jurídico-econômica sem precedentes na história da humanidade, com efeitos igualmente sem precedentes.

A par da discussão sobre se os efeitos são benéficos ou maléficos, trata-se de realidade empiricamente produtora de resultados materiais. O fenômeno da tecnologia da informação e da informatização generalizada, por seu turno, trouxe alterações sensíveis e permanentes em relação a praticamente todas as dimensões humanas, com repercussões expressivas em todas as áreas do conhecimento.

Embora se possa argumentar que inúmeros itens do catálogo do projeto da modernidade ainda não foram implementados no Brasil¹⁴⁷, o que é fato, esses itens não são mais aqueles originalmente propostos, e eventualmente sequer sejam ainda necessários. O projeto da modernidade está superado. A demanda é por um projeto contemporâneo destinado à satisfação plena, ou ao menos satisfatória, das necessidades humanas individuais e coletivas.

Nesse sentido é possível afirmar por um Estado brasileiro pós-moderno. Esse Estado tem uma Constituição pós-moderna, instrumento jurídico-político primeiro para consecução deste propósito, o de dar satisfação plena ou adequada às necessidades individuais e coletivas. Ao menos três características da Constituição de 1988 lhe conferem traços que podem ser determinados como da pós-modernidade – desde o conceito de projeto de modernidade fixado por Habermas. Primeiro, o reconhecimento de que os benefícios produzidos pelo acúmulo de conhecimento humano não são naturais e automaticamente universalizáveis, o que se deduz pela função social atribuída a diversos institutos

¹⁴⁷ Por exemplo, a universalização dos benefícios e resultados da ciência.

jurídicos como o da propriedade e o contrato. Segundo, a orientação constitucional não é voltada para o domínio da natureza, mas, ao reverso, para a busca de um meio ambiente equilibrado. E, terceiro, a aceitação de formas não racionais de organização social no exercício de funções estatais, caso específico das entidades do terceiro setor no desempenho de atribuições públicas por intermédio de contratos de gestão e de termos de parceria.

O interesse público na dimensão da pós-modernidade ainda tem raízes e pontos de convergência com o que se poderia identificar como interesse público no modelo social. Entretanto, a ele não se equipara. Os efeitos da globalização, da informatização, o tempo real do mundo virtual da informação por intermédio da rede mundial de computadores¹⁴⁸, são aspectos que conferem dimensão e características próprias ao interesse público pós-moderno no Estado Brasileiro.

Da investigação sobre o interesse público nos períodos históricos considerados se pode chegar a algumas conclusões relevantes.

Primeiramente, como ressaltam Georges Vedel e Pierre Devolvé, mesmo se considerando que a noção de interesse público seja mutável adequando-se e adaptando-se à época¹⁴⁹, pode-se apontar que o interesse que transcende os interesses privados foi um, se não o único, dos motivos pelos quais se constituiu a vida em sociedade. Em segundo lugar, em todos os marcos históricos examinados identificou-se com delimitação razoavelmente precisa determinados interesses que não se confundiam com interesses particulares ou com a mera somatória de interesses particulares. Por derradeiro, tais interesses que transcendiam os interesses dos particulares para configurar uma categoria distinta de interesse em todas as etapas observadas foram tutelados, protegidos ou perseguidos por uma entidade também distinta das pessoas privadas e que com elas não se confundia – o Estado.

¹⁴⁸Ressalte-se nesse aspecto a entrada em vigor da Lei nº 12.527/2011 em maio de 2012, a denominada Lei da Transparência, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. A lei determina inclusive a divulgação de informações relevantes por intermédio da internet.

¹⁴⁹VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. 12. ed. t. 1. Paris: PUF, 1992. p. 517.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vencida a abordagem preliminar sobre a noção de interesse público, feita com o desiderato de lhe dar a conformação ajustada para o desenvolvimento da tese que se sustenta, faz-se necessária uma incursão breve no tema relativo aos direitos fundamentais. Pretende-se investigar possibilidade de inserção dos direitos fundamentais na noção mais ampla de interesse público, como um dos seus elementos integrantes. Desta feita, necessário trazer à consideração informações elementares sobre o universo desses direitos, para que, ao final, produza-se uma conclusão acerca da possibilidade de considerá-los.

4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA

Direitos fundamentais,¹⁵⁰ numa concepção tradicional, são aqueles titularizados pelas pessoas com vistas à proteção contra a influência e a ação do poder do Estado. A expressão direitos fundamentais foi utilizada pela primeira vez na Constituição Alemã de 1848 (gründrechte) e, como informa Javier Perez Royo, constitui um dos elementos característicos da única Constituição Alemã radicalmente liberal e com certa proteção democrática de todo o século XIX.¹⁵¹

Para Zippelius “a função dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária”¹⁵², mesmo que se possa defender, como fez Reinhold Zippelius, com óbvia relevância a possibilidade de se considerar que os direitos

¹⁵⁰E. C. S Wade e A. W. Bradley ressaltam haver muita confusão acerca da terminologia envolvendo os direitos fundamentais, e que são utilizados termos diversos para referir à mesma coisa, como direitos humanos, liberdades civis, direitos fundamentais, e que alguns direitos elencados como direitos ou liberdades não seriam nem direitos nem liberdades, mas meras aspirações ou padrões a serem seguidos (WADE, E. C. S.; BRADLEY, A. W. **Constitutional and administrative law**. 11. ed. London: Longman, 1993. p. 409. No original: “The first question is to determine what is meant by civil liberties. There is a great deal of terminological inconsistency in this area, with a number of terms frequently used – human rights, civil liberties, fundamental rights – often referring to the same thing. To add to the confusion, many of these so-called rights ou liberties are neither rights nor liberties at all, but are merely aspirations or standards to be applied and followed”).

¹⁵¹ROYO, Javier Perez. Curso de derecho constitucional. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 244.

¹⁵²ZIPPELIUS, 1997, p. 419.

fundamentais também sejam oponíveis em face de ameaças oriundas de outras fontes normativas não estatais, que provenham, pois, de forças sociais organizadas sem vínculo formal com o Estado.¹⁵³ Insta registrar que a fundamentalidade indica especial proteção dos direitos, o que se dá em sentido formal e em sentido material.

O sentido formal decorre da constitucionalização; enquanto o sentido material advém do reconhecimento de que o conteúdo dos direitos fundamentais é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.¹⁵⁴

A evolução da sociedade ou da vida comunitária para a forma estatal, com a característica essencial e fundamental de que tratou Engels, no sentido de a ela conferir, em primeiro lugar, uma força pública destinada a aplacar conflitos intersubjetivos para possibilitar a obtenção de objetivos coletivos, trouxe como um dos efeitos a redução da esfera jurídica das pessoas. A ampliação do poder estatal implicou a redução ou limitação da liberdade individual.

Do paradoxo evidente entre a necessidade de limitação da liberdade subjetiva e a necessidade de preservação da liberdade subjetiva surge a noção de existência de um núcleo básico de direitos intangíveis por parte do Estado. Esses direitos devem ser preservados a qualquer custo, sob pena de extinção de uma das principais características e dimensões da pessoa humana: sua individualidade, que lhe confere os atributos que a diferem das demais para constituir a necessária diversidade humana.

A origem remota dos direitos de liberdade em face do Estado remonta às cartas de franquia medievais dadas pelos reis aos vassalos e que objetivavam resolver conflitos, convencionando-se certos direitos de liberdade, por intermédio das quais havia renovação do pacto de fidelidade em troca de reconhecimento de direitos. Com o surgimento do Estado territorial moderno, em substituição do Estado fracionado feudal, o poder do suserano soberano deu lugar a uma soberania extensa. O poder político ilimitado absoluto fez surgir a cogitação sobre impor limites políticos a esse poder. A *magna charta libertatum* inglesa “é o exemplo mais afamado das cartas da liberdade medievais”. A magna carta foi obtida para garantia de liberdades em face do rei João Sem Terra, e num de seus artigos dispunha que “nenhum homem livre pode ser preso ou encarcerado, nem privado de sua

¹⁵³ZIPPELIUS, 1984, p. 172.

¹⁵⁴CANOTILHO, 1993, p. 499.

propriedade, nem banido, nem perseguido de qualquer maneira [...] a não ser por força de uma sentença judicial [...] ou conforme as leis do país”.¹⁵⁵

Para Maria Fernanda Figueira Rossi foi a opressão absolutista a causa próxima do surgimento das declarações de direitos, pois “o abuso do poder real levou os cidadãos a buscarem direitos que julgavam gozar, mas que haviam sido postergados pelo monarca”.¹⁵⁶

Na esteira dos movimentos europeus para assegurar parcelas de liberdade em face do poder soberano, a colônia inglesa da Virgínia, na América do Norte, editou o *bill of rights*, que entre outras formulações apregoava que “todos os homens são por natureza livres e independentes de igual modo e possuem certos direitos originários [...] nomeadamente o direito ao gozo da vida e da liberdade”.

Além disso, dispunha sobre o “direito à possibilidade de adquirir, possuir e de procurar obter a felicidade e segurança”, no que foi seguida por declarações de direitos de outras colônias, culminando com a proclamação de direitos inalienáveis de titularidade dos homens quando da declaração de independência dos Estados Unidos. A Constituição norte-americana consagrou em 1791 os direitos fundamentais. Na França, mesmo antes da revolução já eram invocadas a limitação e a fiscalização do poder estatal, e, sob a influência da declaração de direitos da Virgínia, foi editada uma declaração dos direitos do homem e dos cidadãos em 1789, dispondo que os homens nascem livres e iguais, reconhecendo liberdade, propriedade, segurança, e resistência contra a opressão, estipulando que esses direitos humanos, inalienáveis, deveriam ser a finalidade última de todas as sociedades políticas.

A declaração dos direitos fundamentais do povo alemão foi feita em 1848 e incorporada à Constituição em 1849, consagrando liberdade de deslocação dentro do território do império, igualdade de todos perante a lei, liberdade da pessoa e instituição do *habeas corpus*, inviolabilidade do domicílio, liberdade de crença e de consciência, entre outros valores fundamentais.¹⁵⁷

As declarações são os documentos pelos quais os direitos se apresentam para a sociedade, e, como registra Javier Perez Royo, as datas de apresentação original são conhecidas: 1776 e 1789, respectivamente data da independência das

¹⁵⁵ZIPPELIUS, 1984, p. 160.

¹⁵⁶ROSSI, Maria Fernanda Figueira **Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 344.

¹⁵⁷ZIPPELIUS, op. cit., p. 166.

13 colônias americanas e da ruptura na França com o Antigo Regime e gênese do Estado Constitucional europeu, que produziram o reconhecimento de direitos pelo qual se converte um indivíduo em cidadão.

Embora tenham sido reconhecidos direitos em diversas declarações com origem naquelas formuladas em França e nos Estados Unidos, na Europa, o processo de constitucionalização de direitos que acabará sendo sintetizado pela expressão direitos fundamentais ganha corpo com o final da Primeira Guerra Mundial.

A expressão mais importante desse período foi a Constituição de Weimar, que, seguida da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, ganhariam, como instrumentos de veiculação de direitos fundamentais, a importância que teve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no século XIX¹⁵⁸

No plano interno, diversos países produziram inserções de direitos humanos nas Constituições, e no plano internacional registra-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem realizada pelas Nações Unidas em 1948, que reconhece a dignidade humana, o direito de resistência à opressão e o ideal democrático, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros já anteriormente fixados nos planos nacionais.

A Declaração Universal de 1948 introduziu a chamada concepção contemporânea de direitos humanos e constituiu um marco da reconstrução dos direitos humanos com os quais rompeu a 2ª Guerra Mundial.¹⁵⁹

A origem da ideia de direitos inalienáveis do homem a salvo da força estatal pode ser evidenciada na teoria do Contrato Social. O Estado de natureza defendido por Locke seria caracterizado pela liberdade e pela igualdade, e a sociedade somente teria sido constituída por força da necessidade de proteção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, sendo que o poder político seria mero resultado da somatória de parcelas de poder que os indivíduos transferem para a comunidade com esse específico propósito.

Ingo Wolfgang Sarlet, com propriedade, salienta que é possível encontrar no mundo antigo algumas “ideias-chave” que influenciariam o pensamento

¹⁵⁸ZIPPELIUS, 1984, p. 245-254.

¹⁵⁹PIOVESAN, Flávia. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coords.). **Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à Prof. Flávia Piovesan.** Curitiba: Juruá, 2004, p. 156.

jusnaturalista e a concepção de que o ser humano seria titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, fundando de certa forma as bases dos direitos fundamentais, como os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens, que podem ser observadas na filosofia clássica.

Na Idade Média a ideia de limitação de poder e o pensamento de Santo Tomás de Aquino surge para dar sustentação ao argumento de que a desobediência do direito natural por parte dos governantes poderia justificar até mesmo o exercício do direito de resistência, chegando a doutrina jusnaturalista ao seu ponto culminante por intermédio das teorias contratualistas.¹⁶⁰

Posição similar é afirmada por Pontes de Miranda quando diz que John Locke, Christian Wolff, William Blackstone, J. J. Rousseau e o abade Joseph Sieyès puseram o indivíduo antes do Estado, nascendo a teoria dos direitos individuais tendo o Contrato Social como base dela.¹⁶¹

Pontes de Miranda defende que certos direitos fundamentais são, com efeito, supraestatais, portanto, preexistentes ao Estado. Direitos anteriores ao Estado que as regras jurídicas só fazem declarar.¹⁶²

De toda a sorte, os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos públicos, que traduzem situação jurídica em face do Estado.

Seriam, pois, pretensões que se instauram entre os indivíduos e o Estado.

Francisco Amaral registra que, atualmente, com o social predominando sobre o particular não se justifica a distinção entre direito subjetivo público ou privado, eis que ambos podem se subsumir em categoria jurídica de prerrogativa individual contida nas relações jurídicas tanto dos particulares entre si, quanto do o Estado, todos subordinados à ordem jurídica sob o império da Constituição.¹⁶³

Os direitos fundamentais, tendo por base as concepções primeiras consagradas em Constituições escritas são um fenômeno jurídico com inegável característica de adequação funcional.

A dinâmica social mutável implica admitir um caráter de mutabilidade aos direitos fundamentais como condição de sua efetividade. O fenômeno de mutação histórica dos direitos fundamentais é ressaltado por Ingo Sarlet como justificativa

¹⁶⁰SARLET, 2007, p. 47.

¹⁶¹MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda constitucional nº I de 1969**. 2. ed. Tomo IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 632.

¹⁶²Ibid. p. 628.

¹⁶³AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.

para se considerar a existência de gerações, embora ressalte que a terminologia pode levar à imprecisa consideração de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, quando em verdade estão em constante processo de expansão, cumulação e fortalecimento¹⁶⁴.

Pontes de Miranda, ao tratar dos direitos fundamentais, igualmente ressalta essa característica ao afirmar que “as declarações de direito não têm a finalidade de apontar os princípios que o povo, por sua tradição, pelo clima moral em que no momento histórico vive, reputa essenciais [...]”¹⁶⁵. Assim, conforme determinado período histórico, relacionado estritamente a uma peculiar e específica realidade sociopolítica, é de se admitir a necessidade de consagrar um ou mais determinados direitos como fundamentais à preservação da subjetividade.

Partindo das primeiras formulações dos direitos de matriz liberal burguesa inseridos em Constituições escritas¹⁶⁶, informa Ingo Sarlet que os direitos fundamentais sofreram inúmeras transformações que lhes conferiram conteúdo variável na medida das transformações sociais, políticas e econômicas ao longo dos tempos. Desta feita, há certo consenso jurídico sobre a existência de três – para alguns quatro – dimensões de direitos fundamentais.

¹⁶⁴AMARAL, 2008, p. 54.

¹⁶⁵MIRANDA, 1970, p. 624.

¹⁶⁶Importa ressaltar que a positivação no âmbito constitucional constitui para autores como Ingo Sarlet o elemento distintivo entre um direito fundamental e um direito humano: “em que pesem sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de vinculação com determinada ordem constitucional [...]” (SARLET, 2007, p. 35). José Joaquim Gomes Canotilho espousa igual pensamento, pelo que expõe, inclusive citando K. Stern e Vieira de Andrade, que sem uma positivação jurídico-constitucional os direitos do homem são meras esperanças, aspirações, ideias, impulsos ou mera retórica política, mas jamais direitos protegidos por norma ou princípio constitucional: “onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa humana [...]” (VILLALON, Cruz apud CANOTILHO, 1993, p. 497). Pontes de Miranda tem posição diametralmente oposta quando pondera que tem todos os direitos supraestatais ou direitos fundamentais estão explícitos na Constituição, citando como exemplo o direito de resistência, vez que a Constituição – a de 1967 – não fala dele, mas ele existe. O autor aponta a existência de direitos fundamentais supraestatais, que nascem fora do Estado (MIRANDA, op. cit., p. 625).

4.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como admitido em doutrina, primeiramente podem ser elencados como direitos fundamentais os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, como se observa dos encartes expressos das primeiras Constituições liberais modernas. Tais direitos fundamentais são reputados de primeira dimensão.¹⁶⁷

Tratam-se basicamente de direitos com *status* negativo, orientados a coibir e a limitar a ação do Estado. Esses direitos constituem as pessoas numa situação jurídica protegida, um espaço jurídico e mesmo material imune à atuação estatal.

Em razão da característica de mutabilidade e de adequabilidade dos direitos fundamentais à dinâmica social, os direitos fundamentais de primeira dimensão não tiveram ao longo do tempo mantido seu substrato de validade original. Se no surgimento do Estado Liberal burguês igualdade, liberdade e propriedade se fundavam no direito das pessoas de se contraporem ao poder absoluto estatal, flagrantemente violador da liberdade e igualdade subjetivas, esses direitos foram se ajustando aos posteriores modelos políticos, notadamente o modelo de Estado Social em todas as suas decorrentes versões desde as reestruturações políticas dos séculos XIX e XX.

A ideia de liberdade dos modernos, assim, não se ajusta mais à ideia de liberdade contemporânea, o mesmo se dando com as noções de igualdade e de propriedade.

Tomando-se a propriedade, reconhecida como um dos elementos estruturais da própria sociedade humana, observa-se que a concepção liberal de direito absoluto e irrestrito foi atenuada hodiernamente pela função social dela exigida constitucionalmente. Para dizer o mínimo, o instituto da desapropriação constitui a prova mais concreta da relativização do direito de propriedade que cederá sempre que necessário para assegurar um interesse coletivo.

Quanto à liberdade, há exigências produzidas pela evolução civilizatória que indicam claramente a modificação estrutural e mesmo ideológica produzida em

¹⁶⁷ Como leciona Luiz Fernando Coelho “a primeira dimensão, ou geração, firma o individualismo, o homem como sujeito abstrato dos direitos individuais calcados no jusnaturalismo racionalista e na filosofia política do iluminismo. Corresponde a uma dimensão primeira que delimita a esfera de autonomia individual em face do poder político” (COELHO, Luiz Fernando. **A fundamentação dos direitos humanos. Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39)

sociedade. A liberdade de iniciativa, condição primeira do sistema de produção capitalista que produziu relações de trabalho de índole notadamente exploratória do trabalho humano foi condicionada a limites destinados a preservar a dignidade da pessoa humana, não se concebendo um caráter absoluto e lhe atribuindo também uma função social.

Como sustentou Pontes de Miranda, há limites de liberdade ao Estado e ao indivíduo. No que diz respeito ao quanto de liberdade cabe ao indivíduo e o quanto de liberdade cabe ao Estado no sentido de ingerência na esfera privada para limitá-la são as diferentes formas de estruturas estatais que vão definir, podendo ir do mínimo ao máximo em favor do Estado, ou vice-versa. O certo é que o máximo em favor do Estado sempre o será muito delimitado.

O autor assinala que o homem, na realidade da evolução social, procura pôr o máximo de liberdade no exercício da liberdade, e o máximo de interesse comum no exercício da liberdade. Deve, então, haver liberdade para escolher os limites à liberdade do Estado e limitar toda a atividade individual que cause prejuízo ao interesse comum.¹⁶⁸

A posição externada por Pontes de Miranda torna claro o caráter mutável do direito de liberdade e sua transcendência em relação a uma noção absoluta, que não considere como limite de seu cumprimento o contexto e os interesses sociais coletivos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão se enquadram à teoria liberal na medida em que constituem direitos perante o Estado, direitos de autonomia e de defesa, propugnando a ampliação do domínio de liberdade individual e restrição da ação estatal à garantia e ordem necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos individuais.¹⁶⁹ Seriam os direitos civis de “não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além de nossa liberdade a salvo das investidas do Estado”.¹⁷⁰

Houve ainda no decorrer do século XIX constatação da insuficiência da mera garantia formal dos direitos de liberdade e igualdade, por força especialmente dos efeitos nocivos produzidos pelo processo da industrialização.

¹⁶⁸MIRANDA, 1970, p. 646.

¹⁶⁹CANOTILHO, 1993, p. 506.

¹⁷⁰VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais. Uma leitura das jurisprudências do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

A liberdade de iniciativa sem intervenção estatal produziu impactos deletérios nas relações de trabalho. Isso fez com que a sociedade, ou ao menos a parte que se sentia prejudicada por uma liberdade que somente favorecia uma determinada classe social, passasse a demandar do Estado uma posição ativa. Os direitos fundamentais de *status* negativo, que impunham uma abstenção do Estado em favor da liberdade subjetiva, já não davam conta de diversos aspectos da dinâmica social no que tangia à distribuição justa de encargos e de benefícios sociais.

Os direitos fundamentais adotam uma dimensão positiva que propicie às pessoas a possibilidade de desfrutar dos benefícios da vida social. Já não se trata de liberdade perante o Estado, mas de assegurar a liberdade por intermédio do Estado. Os direitos fundamentais de segunda dimensão exibem aspectos econômicos, sociais e culturais. São direitos voltados a garantir prestações sociais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outras. A liberdade passa a incluir um aspecto social para incluir a liberdade de sindicalização, de greve, e direitos fundamentais de trabalhadores, como férias, salário-mínimo e repouso semanal remunerado, entre outros. Os direitos fundamentais passam a incluir direitos de índole social¹⁷¹, ligados à participação política, ou direitos políticos constitutivos do regime democrático.¹⁷²

A transformação pela qual passam os direitos fundamentais, incorporando valores novos, confirma seu inegável aspecto de mutabilidade.

A mutabilidade da sociedade produz reflexos nos direitos fundamentais e leva ao que se usou denominar de sua terceira dimensão. São os denominados direitos de fraternidade e de solidariedade. Enquanto os ditos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão estão relacionados diretamente e têm o indivíduo como seu titular, os direitos de terceira dimensão orientam-se à proteção de grupos humanos – família, povo, nação, o próprio gênero humano nesta qualidade –, caracterizando-se como direitos coletivos ou difusos. São direitos como paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente, qualidade de

¹⁷¹SARLET, 2007, p. 56.

¹⁷²VIEIRA, 2006, p. 39. Para Luiz Fernando Coelho os direitos fundamentais de segunda dimensão estendem a compreensão do individualismo da primeira dimensão para o espaço social e considera o homem real, não mais o individual e abstrato, mas sujeito concreto de direitos sociais, econômicos e culturais, não somente como indivíduo, titular de direitos decorrentes da natureza das coisas, mas como alguém que participa da sociedade, um trabalhador que contribui com seu esforço para o bem comum (COELHO, 2008, p. 41).

vida, preservação do patrimônio histórico, do patrimônio cultural ou direito de comunicação. Como bem posta Ingo Sarlet, “a nota distintiva desses direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável” – seriam direitos de implicação universal ou no mínimo transindividual, podendo exigir esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.¹⁷³

Há, como informa o autor Ingo Sarlet¹⁷⁴, uma corrente doutrinária em expansão propugnando a existência já de direitos fundamentais de quarta dimensão. Seriam tais direitos fruto da configuração mundial contemporânea, que teria estendido aos direitos fundamentais os efeitos da globalização, no sentido de sua universalização no plano institucional. Para Paulo Bonavides¹⁷⁵, que no âmbito nacional a defende, a quarta dimensão seria composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.¹⁷⁶

Os direitos fundamentais ditos de terceira dimensão são ajustados à teoria social. A liberdade continua a ter uma dimensão subjetiva, porém adquire uma dimensão social. A teoria social não postula a abstinência estatal. Ao contrário, propugna a intervenção do Estado como necessária à realização de direitos fundamentais.¹⁷⁷ Seriam os direitos sociais que caracterizam as democracias sociais.¹⁷⁸

Os direitos fundamentais foram especialmente considerados na Constituição de 1988. A Carta Constitucional pós-período de exceção marcado pela ditadura militar foi pródiga no elenco das garantias fundamentais, constituindo o Administrador Público em obrigação no que toca à sua proteção, como adiante se demonstrará.

¹⁷³SARLET, 2007, p. 58.

¹⁷⁴Ibid., p. 60

¹⁷⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564.

¹⁷⁶Sobre os direitos fundamentais de terceira dimensão, Luiz Fernando Coelho aduz que tal categoria é representada pela constitucionalização dos direitos da cidadania, o homem como ser humano e cidadão. São direitos cuja base ética é a solidariedade, a fraternidade e a caridade na compreensão cristã mais autêntica de amor ao próximo. São direitos de titularidade coletiva ou difusa. Se o homem abandonara o estatuto de súdito e se transformara em cidadão, ele agora reafirma os direitos inerentes a tal estatuto, como nacional de seu país, cidadão consumidor, envolvido por um meio ambiente que lhe deve proporcionar as condições para uma vida digna (COELHO, 2008, p. 42).

¹⁷⁷CANOTILHO, 1993, p. 509.

¹⁷⁸VIEIRA, 2006, p. 39.

4.3 AÇÃO ESTATAL DIRECIONADA À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEVER JURÍDICO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Adota-se a premissa de que direitos fundamentais são aqueles expressamente estabelecidos na Constituição. A força normativa da Constituição, para se valer da expressão utilizada por Konrad Hesse a respeito da eficácia constitucional, decorre da potencialidade de transformar em força ativa as tarefas impostas pelo texto constitucional.¹⁷⁹ Transformar em força ativa as tarefas impostas pela Constituição não é dever jurídico exclusivo do Estado, assim como não se pode reduzir a Constituição a um conjunto de regras que têm o Estado como destinatário exclusivo.

A Constituição contém regras e princípios cujos destinatários são pessoas físicas, pessoas jurídicas, a sociedade civil organizada e, por evidente, o próprio Estado. O formato constitucional contemporâneo não se ajusta estritamente ao modelo constitucional liberal original, voltado primordialmente à limitação do Poder Estatal.

A Constituição brasileira contemporânea se ajusta mais à dimensão de documento que pretende contemplar a Constituição real de que trata Hesse¹⁸⁰, com forte conteúdo programático orientado não somente a disciplinar a conduta estatal como também a orientar as relações intersubjetivas privadas, como se faz evidente no capítulo que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Nesse sentido, contém regras e princípios que constituem em deveres jurídicos os particulares, nas suas relações jurídicas intersubjetivas, e aqueles que constituem deveres jurídicos para o Estado.

A Carta Constitucional brasileira expressamente elenca catálogo de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões. No elenco estão contidos direitos fundamentais que primeiramente se poderiam distinguir entre aqueles oponíveis contra o Estado¹⁸¹, oponíveis contra terceiros particulares¹⁸², e os direitos

¹⁷⁹HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

¹⁸⁰Ibid., p. 9.

¹⁸¹Por exemplo, o direito de livre locomoção, liberdade de iniciativa, ou de não ser submetido a tribunal ou juízo de exceção.

fundamentais que cumpre ao Estado efetivar.¹⁸² Essa classificação, ao tomar em conta o destinatário imediato da norma constitucional, não desconsidera seu destinatário mediato em qualquer circunstância: o Estado.

Faz-se tal afirmação na premissa de que, se a todos cumpre observar e fazer cumprir as normas constitucionais, com maior vigor é de se entender que ao Estado cabe por elas zelar, ainda que na dimensão meramente privada da relação intersubjetiva. E o Estado o faz, por hipótese, no exercício da função jurisdicional quando da solução de conflitos ou da necessidade de submeter ao Poder Judiciário o alcance de uma determinada norma constitucional com vistas a dirimir relações conflituosas intersubjetivas privadas.

Sob certa medida, então, o Estado é o principal destinatário do regime jurídico constitucional. Assim se dá, pois, com o regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais. Não se trata apenas de um conjunto de normas, como dito, de cunho meramente limitador ou restritivo da conduta do Estado, como se poderia supor se estivéssemos a tratar do constitucionalismo liberal originário. A dinâmica social contemporânea pressupõe uma conduta estatal orientada a conferir força ativa à Constituição, especialmente no que diz com o catálogo expresso de direitos fundamentais.

Referir que ao Estado somente compete proteger direitos fundamentais é formulação insuficiente no modelo da Constituição Federal de 1988. O dever estatal no respeitante aos direitos fundamentais extrapola o mero dever jurídico de proteção, que constitui *minus* em relação ao conteúdo normativo da Constituição expressado no seu próprio preâmbulo, que dispõe ser o Estado brasileiro Democrático, destinado a assegurar desempenho dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos.

Esses valores jurídicos são a própria essência do Estado, que lhe cumpre perseguir incessante e obsessivamente, sob pena de desvirtuamento dos propósitos constitucionais originários.

É óbvio, então, que ao Estado compete o dever jurídico de garantir eficácia plena aos direitos fundamentais expressados na Constituição. Isso não equivale a

¹⁸² Como por exemplo o direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à imagem, à inviolabilidade do domicílio, à honra e à imagem.

¹⁸³ Como o direito ao meio ambiente equilibrado ou à saúde.

afirmar que a finalidade exclusiva do Estado é a garantia de direitos fundamentais, ou que, mais especificamente, a ação estatal somente se legitima se estiver direcionada à satisfação de um direito fundamental.

Para dar cumprimento aos comandos constitucionais que impõem a satisfação e a proteção dos direitos fundamentais o Estado conta com prerrogativas de poder de que se pode valer para atingir os propósitos da Constituição. Essas prerrogativas, algumas de força pública, carecem de substrato consistente a lhes conferir legitimidade, aspecto que será abordado a seguir.

5 INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROPÓSITOS FINALÍSTICOS DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

5.1 FUNDAMENTO DE VALIDADE DA AÇÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: JUSTIFICATIVA PARA O MANUSEIO DE PRERROGATIVAS DE PODER

Em sociedade há múltiplas dimensões de interesses. Desde o singular interesse privado, de titularidade determinada, passando por interesses de grupos determinados, de titularidade indeterminada e indeterminável – difusos –, culminando com aqueles que podem ser identificados como expressão de interesses que extrapolam qualquer limite de singularidade para compor os públicos, aqueles de titularidade do conjunto da sociedade organizada, ou ao menos de parte indeterminável dela.

Alguns desses interesses podem ser perseguidos e satisfeitos independentemente de qualquer conduta estatal. Mesmo alguns dos juridicamente protegidos, aqueles que constituem os direitos subjetivos, podem ser buscados e satisfeitos diretamente pelos seus titulares. Há interesses, entretanto, que para serem alcançados demandam esforços e condutas que extrapolam os limites de possibilidade individual privada, clamando pela intervenção estatal para serem satisfeitos.

Essa intervenção do Estado, necessária inclusive pela vedação à autotutela privada, dá-se por intermédio do manuseio de certas prerrogativas que não estão à disposição dos particulares quando buscam a satisfação de seus interesses privados. Essas prerrogativas de poder são indispensáveis para a concreção das finalidades do Estado na busca da implementação do interesse público e constituem o que se usou denominar poder extroverso: o de constituir os particulares em obrigação de forma impositiva e unilateral.

Há multiplicidade de manifestação do poder extroverso no âmbito de qualquer das típicas funções do Estado. No que respeita ao exercício da função administrativa exercida pelo Poder Executivo o espectro de manifestação é bastante amplo, conquanto delimitado pelo ordenamento jurídico.

Ainda que se cogite superada a fase estrita na qual a atuação estatal era eminentemente supressora e agressiva dos interesses privados – em razão de direitos fundamentais expressos como o do devido processo legal –, é de se supor que as condutas do Estado produzirão por vezes resultados antagônicos àqueles pretendidos no âmbito dos interesses privados.

Esse resultado contrário ao interesse particular não seria possível fora do âmbito das relações jurídico-consensuais sem a previsão e a existência de prerrogativas de superioridade jurídica pública que alçassem o Estado a uma posição jurídica que possibilitasse a imposição de dever ou obrigação jurídica aos particulares, independentemente de seu consentimento ou anuência.

Evidente que não há qualquer paradoxo relacionado à atribuição de prerrogativas de autoridade ao Estado, vez que todas elas decorrem de disposição legal ou constitucional e constituem mesmo o elemento de aglutinação social possível, ao menos nas configurações tradicionais ocidentais de Estado.

Com isso se aduz que, em qualquer forma social, mesmo nas mais rudimentares, se faz necessário o elemento de autoridade como indispensável à coesão do grupo, qualquer que seja a fonte dela. Formas mais complexas de sociedade, como aquelas organizadas sob o modelo de Estado constitucional, demandam mesmo esse elemento como fator indispensável de coesão e organização.

Com precisão, Celso Antonio Bandeira de Mello de muito rejeita a ideia de poder estatal como fio condutor da legitimação das condutas públicas, asseverando com razão que os poderes de que se vale o Estado somente se justificam na medida em que forem utilizados na estrita e estreita via de cumprimento de seus misteres constitucionais públicos. Prefere o autor fundar a legitimidade da ação estatal na ideia de deveres para com os administrados.¹⁸⁴

É correta e adequada a tese no sentido de que antes de poderes se confere ao Estado deveres, que aí sim, em tal circunstância, para serem concretizados demandam determinados poderes ou prerrogativas públicas. E a ordem dos fatores é efetivamente importante para que reste claro e evidente que qualquer prerrogativa de autoridade pública somente poderá ser utilizada para consecução de interesses coletivos primários ou secundários.

¹⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 45-47.

A assertiva, mesmo correta, não afasta a premissa de que é fundamental que o ordenamento jurídico confira para a Administração Pública o instrumental necessário e indispensável para concreção dos valores constitucionais e legais que lhe cabe buscar.

Essa é a posição também de Héctor Jorge Escola ao apresentar como característica do direito administrativo o fato de que se estrutura sobre uma base de princípios e normas que são de supraordenação e de relações que são de superioridade e supraindividuais. Isso se deve ao fato de que a matéria que conforma seu conteúdo e as finalidades que procura alcançar e garantir exige exorbitantes prerrogativas, que não são concebíveis no âmbito do direito privado. Essas prerrogativas e os poderes da Administração existem para assegurar o real e verdadeiro exercício de liberdades e direitos individuais e para alcançar fins que a todos interessam, porque são de interesse geral ou comum¹⁸⁵.

Essas prerrogativas de força jurídica, que alçam o Estado a uma posição superior, *prima facie* em relação aos particulares, têm fundamento de legitimidade no interesse público e partem da necessidade evidente de uma consideração desigual de posição jurídica – vez que se a premissa fosse a da igualdade jurídica, determinadas prerrogativas públicas não seriam sustentáveis juridicamente.

5.2 INCOMPLETUDE DO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA LASTREADO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atuação do Estado será legítima ou não. O que conferirá portanto, ou não, legitimidade à utilização de prerrogativa de autoridade pública, constituindo os particulares em deveres ou obrigações jurídicas, independentemente ou mesmo contra seu consentimento, é a legitimidade da imposição. Cabe ao intérprete e ao aplicador do direito identificar na conduta o fundamento de legitimidade para aferir da sua validade jurídica, ou apontar inexistência dele para invalidar ou evitar a atuação estatal.

¹⁸⁵ ESCOLA, 1989, p. 19.

Um dos vínculos juridicamente possíveis para aferir acerca da legitimidade da ação estatal são os direitos fundamentais. Nessa ótica, somente seriam legítimas as condutas do Estado produzidas para garantir direitos fundamentais e, por consequência, seriam ilegítimas todas as condutas que não se direcionassem a garantir um direito fundamental. Qualquer conduta estatal deveria ser contrastada a partir do seu resultado mediato ou imediato de garantir algum direito fundamental. Não identificado tal vínculo, desapareceria o substrato fático que lhe conferiria legitimidade, e, pois, validade.¹⁸⁶

Nessa linha, pretender legitimar a conduta estatal numa ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse particular seria pretensão destituída de possibilidade jurídica efetiva.

A legitimidade e a validade de uma conduta estatal são de vital relevância e de múltiplas repercussões jurídicas. A legitimidade do ato administrativo ou da relação jurídica administrativa é pressuposto de sua validade. A ausência de legitimidade implica a invalidade da conduta, ato ou relação jurídico-administrativa.

Longe de repercussões no plano exclusivamente teórico, o vínculo da legitimidade da ação estatal com a garantia de direitos fundamentais produz consequências no plano jurídico e material, em especial no que concerne aos efeitos da anulação do ato ou da relação jurídica para fulminar qualquer iniciativa pública que não se direcione a essa garantia.

Há diversas posições doutrinárias direcionadas a defender que a ação estatal não se legitima sob o argumento de supremacia do interesse público. Ao reverso, sustentar tal posição de superioridade a justificar qualquer conduta estatal, além de cientificamente insuficiente, conteria a potencialidade de arbítrio.

Os argumentos sustentados para defender que a atuação do Estado no exercício da função administrativa somente se legitima se direcionada a algum direito fundamental são basicamente os reproduzidos na sequência.

Com efeito, Alexandre Santos de Aragão pondera que o Estado no âmbito de uma Constituição pluralista não pode ser identificado como titular da persecução do interesse público a justificar uma posição de supremacia em face dos particulares. Para o autor, contemporaneamente há uma homogeneidade aferível entre os interesses públicos e os interesses dos cidadãos, tornando injustificável a

¹⁸⁶ Legitimidade é a adequação da conduta aos valores e propósitos sociais coletivos, e validade é atributo da conduta praticada de acordo com as formas e procedimentos legalmente previstos.

formulação *a priori* de um interesse público em abstrato que fosse prevalecente sobre os interesses particulares. Aduz inclusive que a formulação supremacia do interesse público é por demais singela para abarcar as tarefas constitucionais do Estado. O argumento central é o de que a formulação considerada em abstrato produz excessiva subjetividade pela possibilidade de justificar (ou da intenção de justificar) a conduta estatal pela invocação de valores metajurídicos como a segurança nacional, o combate à criminalidade ou outros congêneres.¹⁸⁷

O princípio da supremacia do interesse público, dada sua fluidez e indeterminação devesa ser invocado para conferir a uma determinada norma um significado desvinculado parcial ou integralmente de sua expressão semântico-gramatical. A possibilidade afronta a Constituição, uma vez que estariam pré-ponderados pelas normas escritas, pelo legislador ou pelo constituinte, os valores em jogo, não cabendo ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo desviar da hierarquia axiológica formal sob o argumento fluido de supremacia do interesse público. A técnica hermenêutica adequada deve partir, pois, de argumentos de natureza institucional – ligados diretamente ao ordenamento jurídico –, que prevaleceriam necessariamente sobre argumentos não institucionais – que se apoiariam em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se a exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao Estado Democrático de Direito. Os argumentos não institucionais seriam meramente práticos a depender de julgamento subjetivo envolvendo questões econômicas, políticas ou éticas e não seriam nunca conclusivos porque manipuláveis conforme os interesses em jogo¹⁸⁸.

A invocação de interesse público como elemento a justificar uma posição de supremacia num confronto entre ação do Estado e um interesse privado pode configurar uma tentativa de fazer prevalecer um argumento não-institucional – portanto desvinculado de relação aferível com o ordenamento jurídico sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais lastreados em regra jurídica positiva que já conteria previamente o valor interesse público. Essa invocação poderia pois,

¹⁸⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-11.

¹⁸⁸Ibid., p. 12-14.

produzir decisões subjetivas e arbitrárias pela utilização de argumentos genéricos não institucionais.¹⁸⁹

Na esteira dos que sustentam que a conduta estatal somente se legitima se direcionada a fundada na persecução de direitos fundamentais, Daniel Sarmento rememora duas perspectivas teóricas para uma possível justificativa de posição de supremacia pública sobre o particular. A perspectiva organicista partiria da premissa de que as comunidades seriam um todo vivo composto por indivíduos, em rejeição à ética liberal e de valorização do público em detrimento do privado. Ao contrário da premissa do individualismo, para a qual a primazia valorativa é do indivíduo, para o organicismo prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo. Para o autor, o organicismo não “leva a sério” a pessoa humana, desconsiderando o valor individual em si, o que acaba por asfixiar a individualidade por força da prioridade absoluta do coletivo sobre o individual. Esse estado de coisas vitimiza em primeiro lugar a liberdade humana, sacrificada em nome de ideais coletivos por vezes vagos e incorpóreos – senão fachada para o arbítrio. O organicismo é, então, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois trata pessoas como meros meios instrumentais, desconsiderando o valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão. Essa teoria, alega citando Marçal Justen Filho, “é o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo”.¹⁹⁰

A outra perspectiva teórica a justificar eventual supremacia dos interesses públicos sobre interesses privados, aduz o autor, seria o utilitarismo, doutrina pela qual a melhor solução para cada problema político-social é sempre aquela apta a promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade. O interesse público não seria algo diverso e superior ao somatório da totalidade dos interesses dos componentes da comunidade política, mas fórmula que maximizaria os interesses dos integrantes da sociedade individualmente considerados. Não há, para a teoria utilitarista, a existência de um organismo coletivo que seja valorativamente superior aos indivíduos, mas interesses dos indivíduos que carecem ser promovidos

¹⁸⁹ ARAGÃO, 2007, p. 18.

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO apud SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 53-58.

de forma racional. A melhor conduta pública para o utilitarismo será aquela que promova em maior escala bem-estar, prazer, felicidade ou preferências racionais do maior número de pessoas. Seria uma espécie identificável com a concepção ética consequencialista, pois o juízo sobre a conduta não se pautaria em contraste com princípios morais anteriores, mas na análise das consequências que produz nos interesses dos membros da sociedade. Estaria então justificado o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que o sacrifício for compensado por ganho superior nos interesses de outros indivíduos.¹⁹¹

A teoria utilitarista, para o autor, não se adapta à Constituição vigente porque não trata adequadamente os direitos fundamentais como das maiorias, e somente devem ser respeitados se isso for conveniente para o bem-estar geral. O elenco expresso dos direitos fundamentais situa-os fora do comércio político e acima dos interesses das maiorias. A medida mais favorável ao bem-estar geral fundada no cômputo dos interesses de todos os membros da sociedade não justificaria a perda de direitos sofridos apenas por um ou poucos dos seus integrantes, decorrência do tratamento das pessoas como partes de um todo, e não como fins em si mesmo.

O individualismo extremado, diz o autor, que propugna um Estado mínimo que se dedique apenas à proteção contra força, roubo, fraude, que se dedique à fiscalização do cumprimento dos contratos não se adequa ao sistema constitucional ou aos princípios da igualdade substancial, da solidariedade e de justiça distributiva. O papel do Estado no contexto constitucional é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que as pessoas realizem livremente suas escolhas e possam agir de acordo com elas, e não o de orientar os indivíduos para direção que repute mais adequada aos valores sociais ou aos interesses gerais da sociedade. O personalismo então, como teoria da legitimação da ação estatal, parte da premissa de que há múltiplos obstáculos materiais à realização individual que devem ser removidos com o auxílio do Estado para assegurar a plena liberdade. É o Estado que deve estar a serviço das pessoas, e não o contrário.¹⁹²

A Constituição da República de 1988, cita Sarmento, não se coaduna com uma perspectiva comunitarista, que valoriza a importância dos laços sociais para a constituição da personalidade humana, relevando o fato de que as pessoas já

¹⁹¹SARMENTO, 2007. p. 58-61.

¹⁹²Ibid., p. 72-77.

nascem no interior de comunidades e, portanto, impregnadas de valores e sentidos comuns compartilhados e socializados, adjetivando os interesses coletivos em face dos interesses privados. A Constituição, pondera, contém tutela reforçada ao pluralismo político e proteção a direitos fundamentais que desautorizariam o entendimento de uma posição majoritária do alegado bem comum, passando o Estado sobre a autonomia individual, e desvalorizando o indivíduo em relação à comunidade. Mesmo reconhecendo que o modelo constitucional brasileiro não se ajusta à perspectiva pura do comunitarismo, admite o autor que pode haver restrição de direitos fundamentais com base no interesse público. Porém, não aceita a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular de índole similar àquela estabelecida pela dita cláusula de comunidade, por meio da qual a proteção de direitos fundamentais cessaria quando o exercício desses direitos ameaçasse bens jurídicos da comunidade. Indica a estrita diferença entre perseguir interesses públicos e sustentar que tais interesses da coletividade devam prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa linha, o dogma da supremacia do interesse público estaria a desconsiderar a relevância atribuída constitucionalmente aos direitos fundamentais, remetendo à identificação do que sejam hipóteses de supremacia ao juízo subjetivo dos aplicadores do direito. Desta feita, a questão das restrições aos direitos fundamentais feitas com base na supremacia do interesse público seria uma solução simplista e inadequada.¹⁹³

Sarmiento recusa a admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação de direitos fundamentais, porque essa hipótese extrapolaria as possibilidades de limitação deles, que seriam: a) aquelas fixadas na própria Constituição; b) aquelas autorizadas pela Constituição para serem estabelecidas por lei restritiva; c) decorrentes de restrições não expressas na Constituição. Aduz que mesmo a mais genérica e complacente das possibilidades, qual seja a de imposição de limites por restrições não expressas na Constituição, não poderiam se fundar na alegação da supremacia do interesse público sobre o particular. Na ótica do autor, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como a da supremacia do interesse público – também importaria violação aos princípios democrático e da reserva de lei porque transferiria para a Administração Pública a fixação concreta dos limites ao exercício de cada

¹⁹³SARMENTO, 2007, p. 79-90.

direito fundamental. Esse aspecto restaria adjetivado em virtude da indeterminação e dificuldade de definição de interesse público, quase que impossibilitando a objetividade da sua aferição. Uma restrição a direitos fundamentais sob o argumento da supremacia do interesse público os tornaria reféns de valorações altamente subjetivas e refratárias a qualquer possibilidade de parametrização pelos aplicadores do Direito. Haveria, por igual, incompatibilidade com o princípio constitucional da proporcionalidade, uma vez que ao afirmar a superioridade *a priori* eliminaria qualquer possibilidade de sopesamento dos valores em jogo. Até mesmo a possibilidade de supremacia do interesse público sobre o particular em casos de conflitos é refutada – nos quais a princípio preponderariam os interesses públicos sobre os particulares, a não ser diante de fortes razões em contrário –, sob argumentos de que ainda nessa hipótese os direitos fundamentais seriam fragilizados. Assim, a ferrenha defesa dos direitos fundamentais pela ordem constitucional de plano desautorizaria a cogitação acerca de supremacia dos interesses públicos sobre os interesses particulares.¹⁹⁴

Na mesma linha de pensamento, Gustavo Binjenbojm apresenta uma premissa no sentido da suspeita de parcialidade, ao que denomina de pecado original das denominadas categorias básicas do direito administrativo, dentre elas a de supremacia do interesse público sobre o interesse particular. A premissa decorre da origem dessas categorias do direito administrativo, criação de um modelo instituído na França pós-revolução apenas para reprodução e sobrevivência de práticas administrativas do Antigo Regime. Sob o manto revolucionário, criou-se então o Conselho de Estado Francês, de natureza administrativa, para processar e julgar questões envolvendo a Administração Pública. O Conselho foi responsável pela produção de figuras jurisprudenciais sem cunho garantístico de direitos individuais, ao contrário, com eminente propósito de impedir ingerências do Poder Judiciário ou de questionamentos acerca das decisões e condutas administrativas.¹⁹⁵

O produto desse modelo francês, o princípio da supremacia do interesse público como categoria do Direito Administrativo foi assimilado no Brasil e, como paradigma, estaria em crise, juntamente com outros paradigmas tradicionais. A superação dogmática dessa categoria estaria sendo conduzida pela ideia de

¹⁹⁴ SARMENTO, 2007, p. 95-101.

¹⁹⁵ BINENBOJM, 2005, p. 117-123.

constitucionalização do direito administrativo, especialmente fundada nos sistemas de direitos fundamentais e de democracia. Esses vetores significariam a derrocada do arcabouço dogmático do velho direito administrativo porque, convergindo para o princípio maior da dignidade da pessoa humana estariam situados acima e para além da lei; vinculariam o conceito de interesse público; e estabeleceriam balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa.¹⁹⁶

Binenbojm salienta que uma regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público como aquela deduzida da supremacia do interesse público suprime espaço para considerações, uma vez que em qualquer caso de colisão com qualquer caso de interesse privado deve prevalecer o interesse público. Citando e secundando Humberto Ávila, defende que uma supremacia do interesse público não se coaduna com o sistema constitucional vigente porque toda a organização da Constituição brasileira volta-se para a proteção dos interesses do indivíduo, sob os influxos do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, de acordo com a sistemática constitucional marcada pela ampla proteção a interesses particulares implica na impossibilidade jurídica de extrair dela um implícito princípio da supremacia do interesse público.¹⁹⁷

Para Humberto Ávila há um caráter de indissociabilidade entre interesses públicos e privados na Constituição de 1988. Neste sentido, a realização de interesses particulares quando em confronto com o interesse público não constituiria desvio de finalidade, pois também os interesses particulares seriam fins públicos: a realização de um interesse público pode então representar um interesse público. Adere ao pensamento de Humberto Ávila para afirmar que um princípio da supremacia do interesse público é incompatível com os postulados da proporcionalidade e da concordância prática. No que diz com a proporcionalidade, a premissa da supremacia do interesse público não possibilitaria uma acomodação valorativa dos interesses em jogo, pois o princípio implica ignorância ou desconsideração das nuances do caso concreto.

Embora avesso à noção de supremacia do interesse público o autor reconhece que é necessária a tutela de interesses de cunho coletivo, voltados a atender demandas que ultrapassem a esfera individual dos cidadãos, mesmo num regime democrático voltado à garantia dos direitos fundamentais.

¹⁹⁶ BINENBOJM, 2005, p. 129-140.

¹⁹⁷ ÁVILA apud BINENBOJM, 2005, p. 141.

Isso teria sido justificativa para a previsão na Constituição Federal de diversos direitos de natureza transindividual limitando interesses individuais em prol da tutela de anseios difusos. Independente da natureza individual ou transindividual, seriam interesses públicos diretrizes constitucionais vinculantes para a Administração Pública.

Esse aspecto constitucional e a centralidade do sistema de direitos fundamentais inviabilizaria determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. Não nega o autor a existência de um conceito de interesse público. Contudo, em razão de que a expressão interesse público pode conter desde interesses difusos até interesses individuais e particulares não seria possível estabelecer uma regra de prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.¹⁹⁸ Afirma ainda que cabe à Administração Pública, quando a lei ou a Constituição não tiverem estabelecido antecipadamente a parametrização valorativa entre interesses conflitantes, utilizar ponderação para a consecução de seus propósitos públicos. A ponderação seria então verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração.

Não seria, pois, da supremacia do interesse público que se deduziria a melhor solução para o conflito entre um interesse público e um interesse privado, mas a partir de raciocínio de ponderação que possibilite encontrar o melhor interesse público, preservando ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo, vez que a preservação na maior medida possível dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público.¹⁹⁹

Na ótica do autor, sequer o poder de polícia, cujo exercício culmina na aplicação de sanção administrativa ao infrator da norma de conduta, pode se justificar a partir de uma prévia afirmação de supremacia de interesse público sobre o interesse particular. A atividade de polícia somente será legítima se puder ser deduzida do sistema constitucional. Pelas razões sustentadas, o autor conclui que uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio, que é norma de textura aberta, sempre contextualizado e ponderado com outros princípios previstos no ordenamento jurídico.²⁰⁰

¹⁹⁸ BINENBOJM, 2005, p. 148-149.

¹⁹⁹ Ibid., p. 150-151.

²⁰⁰ Ibid., p. 166.

Humberto Ávila foi talvez um dos primeiros a pôr em discussão a questão da supremacia do interesse público sobre o interesse particular como fundamento de legitimidade da atuação administrativa.

Sem desconsiderar a importância do interesse público, que determina os fins e os fundamentos legítimos da atuação estatal; do bem comum, que é o mais compreensivo e abstrato fim da vida social; ou ainda de fins estatais de interesse público perseguidos pelo Estado, propõe uma análise crítica da referida supremacia a partir de duas questões fundamentais (a) se o princípio da supremacia do interesse público pode ser descrito como um princípio jurídico de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro; (b) se pode ser entendido como uma condição para explicação do ordenamento jurídico.

O objetivo da crítica que faz o autor é demonstrar que a atividade administrativa não pode ser exercida sob o influxo do princípio da supremacia – categoria que o autor nega existir –, e que o interesse público pode possuir significado jurídico, mas não pode ser reputada a ele qualquer prevalência em relação a interesses particulares.

O termo inicial da argumentação do autor é no sentido de que o denominado princípio da supremacia do interesse público não apresenta os elementos jurídicos necessários para que possa ser qualificado de norma-princípio; e que a análise sistemática dos direitos fundamentais e das normas de competência não permite deduzir do sistema constitucional uma supremacia do interesse público como princípio; e, por fim, como o seu conteúdo é indeterminável e indissociável dos interesses particulares igualmente protegidos pela Constituição, não pode ser deles separado ou contraposto.²⁰¹

Para Humberto Ávila, a supremacia do interesse público não pode ser categorizada como um princípio, mas como uma regra de abstrata de preferência em favor do interesse público no caso de colisão. Sua descrição abstrata não permitiria uma concretização em princípio, pois a prevalência seria a única possibilidade normal de sua aplicação, e todas as demais possibilidades de sua aplicação seriam apenas exceções, e não graus, estes familiares como elementos da norma-princípio. A única possibilidade de concretização do suposto princípio

²⁰¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 174-183.

seria a prevalência, independentemente de possibilidades fáticas e normativas, restando afastada também qualquer possibilidade de ponderação, pois o interesse público teria sempre o maior peso, sem que se tomasse em conta as diferentes opções de solução e a busca pela máxima realização das normas em conflito, que a rigor sequer existiria, pois a solução da colisão se daria pela prevalência estabelecida como um *a priori*.²⁰² Não haveria tampouco, fundamentos normativos para qualificar a dita supremacia do interesse público como princípio, pois lhe faltariam fundamentos jurídico-positivos de validade, uma vez que não seria dedutível de uma análise sistemático-constitucional. A assertiva se apresenta a partir da constatação de que a Constituição é garantística de valores primordialmente privados, lastreados em direitos fundamentais oponíveis ao Estado, de modo que sob iguais condições ou em caso de dúvidas a prioridade deve ser dos interesses privados. Seria uma valoração abstrata e relativa do indivíduo e de seus interesses, para exigir apresentação de maiores e suficientes razões para prevalência da solução exigida pelos bens coletivos.

Não é possível serem encontradas no sistema constitucional prescrições de prevalência de interesse público diretamente vinculadas ao Estado Social de Direito e a descoberta de um princípio da supremacia do interesse público é metodicamente insustentável, porque tal descoberta demanda dois objetos autônomos. Como os interesses públicos e particulares estão atrelados em abstrato, somente em concreto possuiriam um conteúdo mínimo para aferição de prioridade, o que retira a possibilidade de categorização como princípio *a priori*.²⁰³

Aduz Ávila que uma supremacia do interesse público teria conteúdo indeterminável e inconciliável com os interesses privados, sendo questionável inclusive se seria possível descrever objetivamente um interesse público, uma vez que se relaciona com diferentes normas e conteúdos. Outro aspecto relevante suscitado é o de que o interesse privado e o interesse público não podem receber descrição ou tratamento em separado quando da análise da atividade ou dos fins da atividade estatal, exatamente porque elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado. Desta feita, o fato de que a Administração Pública deve buscar a satisfação de interesses públicos não autoriza supor que se possa estabelecer uma prevalência destes em relação aos interesses particulares. Seriam

²⁰²ÁVILA, 2007, p. 184-185.

²⁰³Ibid., p. 188-189.

duas noções jurídicas absolutamente diversas o interesse público como finalidade fundamental do Estado e a supremacia do interesse público sobre o particular.

O princípio da supremacia do interesse público careceria de fundamento de validade também pela incompatibilidade com postulados normativos. Desta feita, incompatível com os postulados da proporcionalidade e da concordância prática. A fixação constitucional de direitos e garantias individuais e de normas de competência necessariamente demanda dever de ponderação cuja medida somente se obtém da proporcionalidade. Não poderia coexistir, assim, proporcionalidade indispensável com a supremacia do interesse público porque os postulados da proporcionalidade e da concordância prática induzem a máxima realização dos valores envolvidos. A ponderação entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos deveria atribuir a máxima realização a cada um deles, o que seria incompatível com uma supremacia absoluta de algum dos interesses em conflito. O fim utópico de um princípio da supremacia seria inconciliável com uma relação meio-fim e com o dever de explicitação das premissas de argumentação jurídica.²⁰⁴

Descrito como princípio, registra Ávila, não contém fundamento de validade porque não pode ser descoberto no ordenamento jurídico por nenhum método. Por outro ângulo, como em vista da legalidade qualquer ação estatal depende de previsão normativa, interesse público não teria nenhum significado autônomo. O fato de os órgãos e entes administrativos em alguns casos terem posição privilegiada em relação aos particulares não implica supremacia do interesse público sobre o particular, indicando tão somente que tais órgãos exercem função pública, e portanto carecem de instrumentos técnicos transformados em regras jurídicas as quais decorreriam de normas constitucionais e do desinteresse pessoal que define a função pública.²⁰⁵

A supremacia do interesse público sobre o particular seria um postulado ético-político, referindo-se ao interesse público como uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer posituação, sendo inconfundível com norma jurídica, regra ou princípio. Para o autor, não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.²⁰⁶

²⁰⁴ÁVILA, 2007, p. 191-195.

²⁰⁵Ibid., p. 201.

²⁰⁶Ibid., p. 214.

Para Paulo Ricardo Schier, o Estado e suas formas de atuação se justificam na persecução de direitos fundamentais. O autor defende a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular para quem tem conteúdo de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais. É a assunção prática da supremacia do interesse público como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária em que direitos e liberdades devem sempre ceder aos reclames do Estado, que, como Midas, transforma em interesse público tudo o que toca. Questiona não o conteúdo do princípio da supremacia, mas a forma, ou a entronização do interesse público num patamar superior ao dos direitos e liberdades individuais.²⁰⁷

Sustenta que somente haverá propriamente Constituição se houver comprometimento com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais, com o ser humano e o cidadão, e com a ética da modernidade e sua racionalidade. É a partir dos direitos fundamentais que se deve dar a compreensão da Constituição, que justificariam a criação e o desenvolvimento de mecanismos de legitimação, controle e racionalização do poder. O Estado, então, legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais.²⁰⁸

E os direitos fundamentais, indica, estão albergados sob um regime garantístico constitucional, o que torna incompatível com o sistema jurídico a existência de uma cláusula geral de restrição. A função de unificação política da Constituição remete à ideia de unidade de valores, princípios e interesses, com nítido sentido de pluralidade e de coexistência na diferença. A unidade constitucional comporta coexistência de interesses diversos, como os interesses públicos e os privados, que podem conflitar.

Para o autor existe não adequação constitucional para prevalência abstrata do interesse público, inclusive porque quando a Constituição pretende tal prevalência o explicita mediante regra expressa de prévia solução de conflitos. Assim, quando não há solução constitucional prévia para conflitos entre interesses público e privado, a concepção de unidade constitucional impede uma resposta pronta em favor da hierarquia absoluta do interesse público sobre o interesse privado.

²⁰⁷SCHIER, 2006, p. 220.

²⁰⁸Ibid., p. 221.

A compreensão da Constituição como sistema importa concluir que interesses públicos e privados equiparam-se – os interesses públicos não são superiores aos privados. O fato de a Constituição reconhecer previamente a prevalência de alguns interesses públicos não autoriza supor a existência de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado.

Ao reverso, o sistema constitucional parece indicar pela prevalência de direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, o que possibilitaria cogitar de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público, cogitação provocativa, pois a defesa de tal princípio incorreria nos mesmos equívocos da defesa da supremacia do interesse público.

De qualquer sorte, sustenta que a regra é sempre a da unidade, pela qual interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, nem se excluem, antes, harmonizam-se, e as situações de exclusão devem ser excepcionais.

Quando a Constituição não fornece em abstrato solução para um conflito entre interesse público e interesse privado, indicando qual deve prevalecer, é apenas da análise dos programas normativos e âmbitos normativos dos preceitos em conflito, que deve ser real e não presumido, que se poderá obter adequada solução, a partir da ponderação, sem nenhuma preferência prévia por um ou outro interesse²⁰⁹.

Ao defender a inexistência de um princípio da supremacia do interesse público, secundando a doutrina de Humberto Ávila, salienta que seria antes uma regra de preferência que um princípio, e que a inexata compreensão dessa categoria possibilita que funcione como verdadeira cláusula geral de restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais, distorcendo o regime constitucional dos direitos fundamentais.

Defende que, no extremo, se poderia cogitar um princípio material do interesse público, mas jamais a existência de um princípio que afirme sua supremacia.²¹⁰

Referidos autores sustentam os principais argumentos no sentido da impossibilidade jurídica de extrair do sistema constitucional um princípio da supremacia do interesse público. Com as devidas variantes de estilo e método, parece possível deduzir das posições externadas alguns núcleos fundamentais e

²⁰⁹SCHIER, 2006, p. 228-236.

²¹⁰Ibid., p. 241-242.

comuns. O primeiro é sobre a inexistência de uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. O segundo, na afirmação de que o sistema constitucional é garantístico de direitos fundamentais, o que implicaria na impossibilidade de, *prima facie*, afirmar uma condição de supremacia do interesse público quando em conflito com um interesse particular. Por fim, que o fundamento de legitimidade da ação do Estado está vinculado à realização de um direito fundamental.

A posição sustentada pelos referidos autores não se coaduna com o texto constitucional, pois parte de uma premissa essencialmente liberal.

Não é possível deduzir da Constituição de 1988 que a ação do Estado somente seria legítima se voltada a proteger ou a perseguir um direito fundamental. Esta concepção desconsidera as demais atribuições postas a cargo do Estado e que não guardam relação com direitos fundamentais.

É inegável que o Estado deve garantir direitos fundamentais. Eles são a base e o fundamento do Estado constitucional democrático de direito, que surge exatamente como contraposição ideológica ao regime absoluto, como anteparo de caráter preventivo à conduta estatal direcionada a violar as garantias individuais.

Tal formulação constitucional originária se deveu à insurgência contra a ação estatal agressiva aos direitos privados e orientada à limitação do poder do Estado. Nesta medida, aqueles que sustentam que o Estado somente pode direcionar sua atuação à proteção de direitos fundamentais afirmam o óbvio: que o Estado tem o dever constitucional de garantir direitos fundamentais. Aliás, não somente de garanti-los quando ameaçados de lesão por qualquer forma, mas o dever de dirigir sua conduta ativa no sentido de implementá-los. Porém, descuram dos demais deveres do Estado e olvidam que há ações estatais que não objetivam direitos fundamentais e que carecem de fundamento de legitimidade.

Evidente que conceber um Estado agressivo de direitos fundamentais contradiz a própria essência original do Estado de Direito, vez que os próprios revolucionários na França detinham o sentimento comum de que a nação soberana é a guardiã dos direitos e a soberania não seria uma ameaça, que se não convertida por degeneração tirânica, seria uma via dos direitos individuais.²¹¹

²¹¹COSTA, Pietro. O estado de direito: uma introdução histórica. In: _____. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 105.

Contudo, afirmar que ao Estado compete garantir, proteger ou efetivar direitos fundamentais onde e quando ainda não tiverem sido efetivados não autoriza deduzir que a ação estatal somente será legítima se tiver tal propósito. Isso porque tal assertiva implicaria na conclusão lógica de que quando a ação estatal não for orientada à satisfação de um direito fundamental a conduta do Estado não seria legítima, e por consequência, não seria válida.

Não se trata de conduta pública que restrinja ou limite direitos e garantias fundamentais porque a restrição ou limitação de direitos e garantias constitucionais tem autorização Constitucional. Tomem-se os direitos fundamentais de primeira dimensão. A liberdade é garantia fundamental. Mas tem, ela própria, diversas dimensões. Pode-se cogitar da liberdade de ir e vir, ou da liberdade de culto religioso. Direitos fundamentais que o Estado deve garantir e proteger.

Porém, tal garantia não é absoluta, incondicionada ou ilimitada. A liberdade de ir e vir pode ser objeto de limitação por parte do Estado sem que se cogite de violação a garantia ou direito fundamental.

O direito de liberdade de ir e vir pode ser restringido ou suprimido por imposição Estatal quando da aplicação da pena de prisão, significando que somente se cogita de direito fundamental de liberdade àquele que não tenha cometido crime para o qual pena seja a prisão. O cometimento de crime pelo qual a sanção é a perda da liberdade faz desaparecer o direito de liberdade, o que demonstra o caráter não absoluto de qualquer garantia fundamental, que pode sofrer restrição pela própria Constituição.

O Estado, ao aplicar a sanção de perda da liberdade, está a praticar uma conduta pública não direcionada à satisfação de um direito fundamental. A conduta é direcionada ao cumprimento outros propósitos e valores constitucionais, mas não à defesa de um direito fundamental.

Tome-se o direito de liberdade limitado ou condicionado pela ação administrativa no caso dos serviços públicos de manutenção de rodovias, cuja fruição depende do pagamento de tarifas. O direito fundamental de liberdade de locomoção sofre severas restrições, ficando condicionado efetivamente ao pagamento do preço público. A conduta pública impositiva da restrição à liberdade de ir e vir não objetiva a defesa de direito fundamental.

Refira-se ainda ao direito fundamental de liberdade religiosa. Ao direito de professar culto religioso está vinculado o direito instrumental de praticar os atos

materiais relativos às cerimônias religiosas. Tal direito pode sofrer limitação ou mesmo aniquilação se os insumos necessários para as cerimônias forem ilegais. O uso de substância tóxica ilegal em cultos religiosos, ainda que isso inviabilize a cerimônia, não é possível juridicamente. O Estado, no exercício de atividade de polícia administrativa, pode coibir a prática, inclusive com interdição do estabelecimento religioso. Não há em tal conduta qualquer vínculo com a proteção de direito fundamental, ao reverso, a conduta pública limita o direito de liberdade religiosa.

O direito de propriedade, igualmente fundamental de primeira dimensão, de índole liberal, figura em todas as constituições brasileiras como garantido constitucionalmente. O direito de propriedade pode ser esvaziado e mesmo extinto por força de conduta estatal, ainda que cumprida sua função social, como no caso da desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A premissa constitucional, se cumprida, não constitui o titular de domínio em direito absoluto passível de ser oposto contra o Estado em caso de desapropriação, ainda que a destinação do imóvel não se dirija à garantia de outro direito fundamental.

Tais restrições a direitos fundamentais são decorrentes de disposições expressas na Constituição, o que importaria supor que a noção de supremacia do interesse público não guardaria qualquer relação com quaisquer restrições ou limitações derivadas de norma constitucional.

Rememore-se, contudo, que a ideia de Estado organizado parte de uma originária e fundante ideia de insuficiência privada ou particular para suprir as demandas e necessidades produzidas a partir da vida em comunidade. Trata-se a vida comunitária de um sistema de benefícios, obrigações, direitos e deveres jurídicos e materiais recíprocos, que deverão ceder uns em relação aos outros, a depender da situação jurídico-material. As opções constitucionais, mesmo aquelas destinadas aparentemente à proteção de direitos e garantias individuais fundamentais somente figuram no texto da Constituição porque de interesse público.

Produto do exercício de um poder que extrapola poderes particulares para se fundir e se amalgamar num todo constitutivo, a Constituição tem conteúdo integralmente de interesse público – as normas constitucionais são de interesse público e a manutenção e preservação da integridade e da força normativa constitucional são de interesse público.

O sistema de direitos fundamentais, nele incluídas as hipóteses de restrição e de limitação previstas na Constituição são de interesse público. Um determinado direito fundamental assume essa categoria jurídica porque de interesse público, assim como determinada restrição ou limitação a um expresso direito fundamental por norma constitucional assume tal categoria jurídica porque de interesse público.

O catálogo constitucional de direitos fundamentais expressos e o jogo de ponderação prévia valorativa, também expresso na Constituição, somente se legitimam como *prima facie* jurídicos se fundados no interesse público.

Esse raciocínio, reconheça-se, é lastreado em argumentos não institucionais e produzido a partir de aspectos metajurídicos mais de índole da filosofia política do que a partir de conclusão dedutível do próprio texto expresso da Constituição. Contudo, parece importante reconhecer que as disposições constitucionais expressas têm legitimidade diante de direitos humanos básicos, cuja proteção é de interesse público, como a dignidade da pessoa humana.

Vincular a questão relativa à supremacia do interesse público ao que for possível de ser extraído das disposições expressas da Constituição pode produzir linhas de raciocínio jurídico lesivas a posições jurídicas fundamentais de proteção dos direitos humanos, ao revés de constituir cláusulas de proteção geral e universal.

Interesse público não se confunde com o interesse da maioria. Conquanto conceito jurídico indeterminado é perfeitamente passível de determinação e se adapta à dinâmica social. Uma disposição constitucional expressa que violasse a dignidade da pessoa humana não se sustentaria como legítima e válida tão só e pelo simples argumento de estar incorporada na Constituição. Tal norma não seria por evidente formalmente inconstitucional, mas careceria de fundamento de legitimidade pelo descompasso com o interesse público a que a ordem constitucional deve representar, autorizando meios de modificação seja pela via jurídica, seja pela via da força.

Como pondera Canotilho “para uma Constituição se considerar materialmente fundada não lhe basta a simples cobertura da legalidade formal, tem de ser intrinsecamente válida. Ainda noutros termos: a Constituição não se basta com o manto da legalidade; exige ou postula a dimensão mais profunda da legitimidade”²¹². É necessário indagar, pois, acerca do fundamento da justiça

²¹²CANOTILHO, 1993, p. 109.

constitucional, e aferir se nos comandos positivados e formalmente postos respondem à questão de saber se houve uma ordenação justa dos interesses que resultaram da pressão de forças sociais e de relações de poder.²¹³

A legitimidade da norma constitucional pressupõe que tenha sido editada de acordo com as ideias de justiça radicadas na comunidade, a dizer que o “fundamento de validade da Constituição é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa e a convicção, por parte da coletividade, da sua ‘bondade intrínseca’”²¹⁴.

Inúmeras situações jurídicas não se resolvem somente a partir do manejo de direitos fundamentais como único objetivo da conduta estatal. Rememore-se, por oportuno, que o declínio do Estado Liberal – fundado a partir da defesa de direitos fundamentais –, deu-se exatamente pela exigência social de mais intervenção estatal e da Administração Pública, não porque se desejava abdicar ou renunciar a liberdades e direitos, mas porque justamente não quiseram perdê-los²¹⁵.

A conduta estatal se legitima quando voltada a garantir, satisfazer ou proteger um direito fundamental. Afirmar isso é afirmar o óbvio e constitui uma quase tautologia. A complexidade reside em apontar o fundamento de legitimidade da ação estatal que não se direcione a algum direito fundamental, ainda que indiretamente.

A legalidade estrita como fundamento da legitimidade de uma ação estatal que não objetive um direito fundamental não é suficiente por duas razões (a) porque não é possível juridicamente a previsão de todas as situações de fato verificáveis em sociedade para, em juízo prévio, apontar automaticamente as soluções adequadas, gerando uma necessária margem discricionária para o Administrador; (b) a solução não dá conta das leis que, elas mesmas, carecem de legitimidade por desbordarem da impessoalidade, da generalidade e da abstração para constituírem instrumentos de satisfação de objetivos meramente privados. Uma conduta do Estado fundada numa lei dessa natureza seria formalmente legal, porém padeceria de vício de legitimidade.

Tampouco seria suficiente fundar a legitimidade da ação estatal na genérica competência para o exercício de função administrativa como determinação constitucional derivada da norma-princípio da separação de poderes. Essa fonte de

²¹³CANOTILHO, 1993, p. 111.

²¹⁴CANOTILHO, loc. cit.

²¹⁵ESCOLA, 1989, p. 24.

legitimação seria indevida porque partiria de uma lógica circular autofundante, o que não encontraria suporte constitucional.

Não é a legalidade formal, tampouco uma regra geral de competência administrativa, a fonte da legitimidade quando não houver algum direito fundamental em questão, mas apenas a demonstração de que há um interesse público em meta.

É forçoso concluir que vincular a legitimidade da conduta estatal à persecução de um direito fundamental é formulação incompleta. E a incompletude dessa formulação pode produzir repercussões jurídicas importantes. Reputar legítima somente a ação estatal que objetive um direito fundamental significa, em sentido contrário, afirmar que toda ação estatal que não tenha tal objetivo não tem legitimidade. A falta de legitimidade implica invalidade da conduta.

5.3 DA DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A AÇÃO ESTATAL DESVINCULADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado atua no âmbito da função administrativa exercida pelo Poder Executivo realizando ações no âmbito da polícia administrativa, do fomento, da intervenção na propriedade privada ou mesmo da intervenção no domínio econômico.

Diversas condutas jurídico-materiais do Estado nessa direção terão vínculo e objetivarão determinado ou determinados direitos fundamentais. Outras ações administrativas serão necessárias em qualquer das dimensões da função administrativa sem que se possa dela extrair qualquer vínculo com um objetivo relacionado a direito fundamental.

Os direitos subjetivos não se reduzem aos direitos fundamentais. Convivem no sistema jurídico os direitos subjetivos que se incluem na categoria de direitos fundamentais, e os direitos subjetivos que nela não se incluem.

Tome-se o direito de posse. Enquanto a propriedade constitui um direito fundamental de primeira dimensão, a posse é um direito subjetivo que não guarda qualquer relação imediata com direitos fundamentais. Claro que a posse contém ou pode conter a expectativa de propriedade, de se transformar em direito fundamental, mas tal fenômeno jurídico se afere de forma mediata. As ações administrativas

direcionadas a produzir efeitos em relação à posse não estão a tratar de nenhum direito fundamental.

Refira-se aos direitos creditícios. Os direitos de crédito constituem direito subjetivo eminentemente relacionado às relações jurídicas intersubjetivas privadas (salvo, evidentemente, as relações de crédito de ordem pública, como as decorrentes do crédito tributário). Condutas e atos administrativos produzidos por órgãos administrativos no âmbito de seu poder normativo, como Banco Central e Secretaria de Direito Econômico, interferem nas relações jurídico-privadas sem que exista qualquer vínculo com direitos fundamentais.

Os direitos civis de ordem obrigacional, igualmente se inserem na categoria de direitos subjetivos, e podem sofrer inferências da ação do Estado no exercício da função administrativa, especificamente por intermédio do poder de polícia, ou editando normas administrativas de cunho dirigista das relações contratuais privadas, igualmente sem nenhum vínculo direto com direitos fundamentais.

Reitere-se a referência a atos administrativos de gestão administrativa, que produzem repercussão direta em relação a direitos subjetivos, como alteração da mão de uma via pública ou vedação ao estacionamento, ou ainda, as limitações administrativas de cunho urbanístico, igualmente desvinculadas de qualquer direito fundamental.

Por fim, as ações administrativas produzidas no âmbito das contratações administrativas. No âmbito dos contratos administrativos a Administração Pública detém as denominadas prerrogativas exorbitantes, como em especial a de alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, e a de rescindir unilateralmente o vínculo contratual. A lei confere à Administração contratante o poder de acrescentar ou suprimir o objeto do contrato na sua dimensão ou em relação à sua qualidade, de forma unilateral, obrigando o contratado a aceitar tal ingerência no vínculo originário. Estabelece ainda a lei prerrogativa de pôr fim ao vínculo contratual inclusive por razões de ordem discricionária, de conveniência e de oportunidade. O contrato administrativo é instrumento de administração pública consensual, nesta medida, instrumento para efetivação das atribuições que ao Estado determina a Constituição. Assim, tais prerrogativas constituem mais do que um poder, um dever do Estado contratante. Tais prerrogativas devem ser exercidas independentemente de serem direcionadas a um direito fundamental.

Reputar tais condutas, dentre inúmeras outras de igual natureza jurídica, ilegítimas, e portanto inválidas pelo fato de não serem direcionais ou possuírem algum vínculo com direitos fundamentais, produziria consequências jurídicas no âmbito próprio das intrínsecas funções estatais, reconduzindo o Estado a dimensões orgânicas e estruturais liberais, não compatíveis com as perspectivas progressivas e emancipatórias da Constituição.

Reduzir o Estado a uma organização voltada apenas à proteção e efetivação de direitos fundamentais significa retorno liberalizante incompatível com inúmeros outros propósitos constitucionais, somente alcançáveis por seu intermédio, também necessários ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas. Inclusive porque a própria legalidade assumiu conteúdo social como consequência do processo progressivo de transformação de interesses individuais em públicos que acompanhou a evolução do direito administrativo a partir do século XX²¹⁶.

Tal formulação padece do mesmo vício que contaminou a teoria da Escola do Serviço Público, que preconizava que a prestação de serviços públicos era o fundamento da ação administrativa, verdadeira fonte de legitimação da conduta pública. A constatação empírica de que a Administração Pública atua para satisfazer necessidades e propósitos públicos, mas nem tudo o que realiza pode se qualificar como um serviço público acabou por esvaziar a tese central da escola²¹⁷.

Isso afirmar não equivale a reduzir ou limitar a importância dos direitos fundamentais, ou aduzir que não constituem objeto da ação do Estado. Implica apenas afirmar que o Estado não se reduz em agente que objetiva exclusivamente atuação voltada aos direitos fundamentais, uma vez que, ainda que se admita que a ação administrativa se dá e deve se dar no sentido de satisfazer ou proteger direitos fundamentais, nisso não se esgota e nem pode se esgotar. Parafraseando Héctor Escola, direitos fundamentais e Administração Pública não são conceitos equivalentes, senão complementares²¹⁸. Neste sentido a formulação é progressista e emancipatória ao revés de autoritária e prejudicial a direitos dos particulares.

²¹⁶GARRIDO FALLA; BOQUERA OLIVER apud ESCOLA, 1989, p. 12.

²¹⁷ESCOLA, 1989, p. 9.

²¹⁸Ibid., p. 10.

5.4 INTERESSE PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DA AÇÃO DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

O desempenho da função administrativa não pode ser considerado legítimo apenas quando dirigido a algum direito fundamental.

Conceito jurídico indeterminado e de complexa determinação, o interesse público pode, como anteriormente dito, ser reputado como um elemento fundante da legitimidade da ação administrativa estatal.

Poder-se-ia indagar sobre se tal formulação prevaleceria ou teria aplicação por ser invocação genérica e abstrata do interesse público, sem a indicação expressa sobre qual seria o interesse público de que se cogita. Em outros termos, justificar uma conduta no interesse público, sem a indicação de qual seja ele, a esvaziaria (conduta) de conteúdo jurídico.

Trata-se, porém, de uma falsa questão, ou de uma questão apenas aparente, eis que são duas situações diversas e inconfundíveis.

Um aspecto é fixar uma premissa de legitimidade da ação estatal na prática da função administrativa para afirmar: a ação administrativa só é legítima se for direcionada a perseguir ou a proteger um interesse público. Essa formulação não perde a validade jurídica tão somente por ser genérica e abstrata. Há inúmeros valores constitucionais que são invocados em caráter genérico e abstrato.

A invocação da dignidade da pessoa humana como premissa tem caráter de generalidade e de abstração. A mera invocação da dignidade da pessoa humana não revela qual faceta da dignidade está em questão, ou em que dimensão teria sido ela violada ou preservada. Tampouco importa para a premissa sua aplicação tópica a determinado caso concreto.

Assim se dá com a isonomia, a valorização do trabalho humano e outros valores que se postam de forma genérica e abstrata na Constituição.

Uma premissa jurídica não tem sua existência vinculada a uma situação concreta. A relação jurídica em concreto é que deve ser constituída, modificada ou extinta em conformidade com a premissa.

O fato é que a questão relacionada ao fundamento de legitimidade da ação administrativa ganha importância na relação diretamente proporcional à quantidade de intervenção estatal na sociedade civil.

Com a ampliação da atuação administrativa e com maior intervencionismo estatal produzidos a partir da instalação do Estado Social houve e há maior área de tensão entre a ação intervencionista e os direitos individuais privados. Quanto mais a autoridade se fortalece, mais se limitam e restringem as liberdades²¹⁹, o que salienta a importância da discussão sobre a legitimidade da ação do Estado.

O Estado Social de Direito, ao surgir e se implementar, já não tratava somente de liberdades e de direitos individuais, mas para além de reconhecê-los e validá-los fixa como um objetivo central a persecução do interesse público. Isso se dá com maior vigor do que o visto nos modelos de Estado Absoluto e Liberal, exatamente porque no Estado Social é, segundo Hector Jorge Escola, ampliada a esfera dos interesse público, no qual, ao menos em tese, cada um vê refletidos seus próprios direitos e interesses e frente aos quais os direitos individuais chegam a ter que ceder, ainda que parcialmente. Tem-se que, interesse público e interesse privado não são idéias opostas ou antagônicas, mas antes, o interesse público é uma condição e um elemento indispensável para que todo o interesse privado possa real e efetivamente prevalecer e se realizar²²⁰.

As necessidades coletivas legítimas constituem sempre finalidades de interesse público, seja quando representam um resultado da vida em comunidade, ou como algo próprio e específico da comunidade ou coletividade. A idéia de interesse público aparece, pois, como um elemento constitutivo e importante para a configuração conceitual da Administração Pública²²¹.

A Administração Pública deve atuar na concretização do interesse público na qualidade de agente executivo de comandos constitucionais. A indeterminação da formulação não reduz a sua importância ou aplicabilidade fático-jurídica, tampouco serve para sustentar condutas ilegítimas como a edição de atos imotivados, realizados em desvio de finalidade ou no uso de arbítrio.

Como antes dito, em sociedade convivem múltiplos interesses públicos. Os individuais indisponíveis, os homogêneos, os coletivos, os difusos, enfim, todos e quaisquer interesses lastreados em direitos, liberdades e garantias fundamentais.

²¹⁹ ESCOLA, 1989, p. 26.

²²⁰ Ibid., p. 36.

²²¹ Ibid., p. 44. A esse propósito, Hegel, na fase inicial de Jena, afirma que não seria de admirar que o indivíduo livre não se mantenha em perfeita separação com relação ao Estado, o que caracterizaria uma situação de barbárie, mas que participa na vida do Estado, senão em função de seus próprios interesses, pelo menos em função dos interesses do Estado (ROSENZWEIG, Franz. **Hegel e o estado**. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 189).

É certo que as funções do Estado existem para atender a necessidades, anseios, pretensões e objetivos da coletividade. Mas isso demanda fundamento legítimo para ser oponível na rubrica dos interesses públicos a justificar utilização das prerrogativas da Administração Pública para efetivá-los ou para defendê-los. Em havendo razão legítima para elevar qualquer necessidade à categoria de interesse público haverá relação direta de legitimação.

Evidente que, como toda a premissa, o interesse público, para servir de fundamento de legitimidade da ação administrativa pode demandar complementariedade para além de sua configuração semântica possível, de modo a demandar verificação em real da existência de um substrato fático que se subsuma à situação proposta pela premissa.

Isso não significa deduzir que interesse público seria um conceito jurídico vazio de conteúdo – uma vez que dependente de substrato fático concreto para se evidenciar –, mas importa tão somente reconhecer sua conveniente indeterminação, que não denota, por seu turno, impossibilidade de definição de acordo com os valores constitucionais e de contraste em concreto com determinada situação de fato.

A indeterminação do conceito ou da noção não afasta a possibilidade para identificar aspectos perfeitamente delineados de interesse público no próprio texto constitucional.

A rigor, todas as disposições constitucionais se inserem no âmbito do interesse público, a serem protegidas, implementadas ou fomentadas por intermédio da ação estatal. São inúmeros os valores paradigmas a dar sustentação a essa assertiva, que instalados na Constituição, constituem referencial para determinação do interesse público a ser perseguido ou a justificar a ação administrativa com os atributos das prerrogativas públicas que o sistema jurídico-constitucional lhe confere. Velar pela dignidade da pessoa humana; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza; reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos; dentre outras tantas posições jurídicas expressas, inserem-se na noção de interesse público, porque exatamente constituem objetivos do Estado, e, pois, da sociedade organizada.

Considerados os valores constitucionais expressos e implícitos, observa-se que o limite e o contorno para definição do que seja interesse público já estão expressos na Constituição Federal.

Admitir que o interesse público possa ser deduzido da Constituição não significa admitir que o Administrador Público, ao desempenhar suas funções, esteja em situação jurídica que lhe possibilite decidir discricionariamente o que constitui um determinado interesse público.

O interesse público que legitima a ação administrativa é aquele, e somente aquele dotado de pressupostos de existência, quais sejam: legitimidade (adequação constitucional) e motivação (apresentação das razões de fato e de direito que levaram a certa escolha administrativa) – esse é o referencial para a função administrativa.

Neste contexto, poder-se-ia indagar onde se localizam os direitos fundamentais? Pode-se representar a ação administrativa voltada para a satisfação ou para a proteção de um direito fundamental e sua relação com o interesse público como círculos concêntricos. Os direitos fundamentais são como elementos posicionados no interior de um círculo do interesse público. A proteção, a satisfação ou a efetivação de direitos fundamentais sempre serão de interesse público, porque parte constitutiva dele.

Essa proposição não se desvela de pronto em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, e mesmo em relação a alguns direitos fundamentais ditos de segunda dimensão. Isso porque essas categorias de direitos fundamentais são relacionadas de forma imediata a uma pessoa ou a pessoas determinadas, em caráter individual. Mas tem adequação notável em relação aos direitos fundamentais de terceira dimensão. Essa categoria de direitos fundamentais é constituída de direitos de ampla largueza semântica, elevada indeterminação e não relacionáveis de forma imediata a uma pessoa determinada ou a um grupo determinado de pessoas.

O direito de solidariedade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou à boa administração pública são exemplos de direitos difusos, de titularidade indeterminada e indeterminável, efetivados potencial e prioritariamente pela ação do Estado. No tocante a direitos fundamentais de terceira dimensão a impossibilidade de dissociação com o interesse público se evidencia com maior clareza.

Porém, há outros elementos no interior do grande círculo do interesse público que também são dele parte constitutiva e eles próprios interesse público. Há os interesses individuais homogêneos, os coletivos, os difusos, os individuais

indisponíveis, os da pessoa jurídica de direito público (secundários, na acepção de Renato Alessi).

Os interesses públicos podem convergir para uma comum direção ou para um comum e único propósito.²²² Podem ainda se direcionar para propósitos distintos, não relacionáveis.²²³ Podem, pois, coexistir diversos interesses públicos sem que haja oposição entre eles.²²⁴

O Estado, por intermédio da função administrativa, pode então atuar em relação a cada um desses interesses públicos em sentido estrito – isolada e independentemente considerado – e cada conduta administrativa pode ser reputada legítima.

Os múltiplos – e indetermináveis na sua totalidade – interesses públicos em sentido estrito existentes na sociedade, exatamente por terem dinamicidade e movimento, com caráter histórico e contingencial, podem conflitar, entrar em oposição, ainda que aparente, uns com os outros.

Um direito fundamental pode aparentemente conflitar com um individual homogêneo; um interesse difuso pode aparentemente conflitar com um individual indisponível; um interesse público secundário pode aparentemente conflitar com um direito fundamental; ou um interesse difuso pode aparentemente conflitar com um direito fundamental. São quiçá incontáveis as possibilidades de arranjos relacionados à aparente oposição de interesses em sociedade, todos eles juridicamente tutelados ou reconhecidos como jurídicos legítimos.

A par das convergências entre os diversos tipos de interesses públicos, legitimadores *ab initio* do exercício da função estatal direcionado a protegê-los ou a persegui-los, é inevitável que se encontrem dissonâncias nesse complexo sistema composto pela totalidade dos interesses públicos existentes em sociedade, dentre eles os direitos fundamentais.

Essa dissonância ou aparente oposição só pode ser aferida em seu caráter concreto. Até a efetiva constatação de que um interesse público integrante do sistema de interesses públicos está ou em efetiva ou em potencial oposição com

²²²A preservação ambiental pode ser simultaneamente de interesse do Estado e de uma determinada associação ou entidade de classe.

²²³O interesse dos moradores de um Município com vocação agrícola é ampliar a área para desmate, e a União restringe a utilização de áreas nativas na localidade para assegurar sua conservação.

²²⁴As ações estatais voltadas ao interesse público em preservar a dignidade da pessoa humana podem coexistir com as relações contratuais privadas; o interesse público na preservação ambiental pode coexistir com a atividade econômica em sentido estrito, cuja proteção é de interesse público.

outro interesse público, a questão se restringe ao plano das ideias, e portanto de pouca ou nenhuma relevância jurídica.

Se os interesses públicos, qualquer que seja sua natureza, estão a se realizar sem nenhuma interferência ou limitação, há harmonia no sistema. No entanto, ao surgir uma aparente oposição entre interesses públicos se faz necessária sua superação para manutenção do discurso racional, que não tolera a contradição.²²⁵ É o que preconiza o Princípio da Não Contradição. Como pondera Carlos Roberto Cirne-Lima “a questão é sobre qual a forma adequada para a superação dessa oposição entre dois ou mais interesses reputados públicos. O princípio da coerência ou não contradição diz que a contradição deve ser evitada. Não diz que é impossível, mas deve ser evitada. As contradições devem ser trabalhadas e superadas. Racional é todo o discurso que pretende se livrar de contradições. Se ocorrerem contradições é porque o discurso racional não foi completado”²²⁶.

A finalidade desta abordagem é a de construir um discurso racional completo que possa explicar o fenômeno da oposição de interesses e de que forma pode haver a superação dessa oposição sem que se faça necessário reputar inválido um deles.

A obtenção de um discurso racional no que diz com uma oposição, ou aparente oposição entre interesses públicos se produz inicialmente com a identificação sobre se o que está em jogo é uma oposição de contrários ou uma oposição de contraditórios.

As oposições entre contraditórios ocorrem entre proposições universais positivas e proposições particulares negativas. Se um dos polos da contradição é verdadeiro, então o outro é falso. Se um deles é falso, o outro é verdadeiro. A oposição de contrários ocorre entre proposições universais positivas e proposições universais negativas. A regra de inferência sobre os contrários é diferente da regra de inferência sobre os contraditórios. Se um contrário é verdadeiro, o outro é sempre falso. Se, no entanto, um contrário é falso não dá para concluir nada sobre o contrário oposto, que pode ser falso ou verdadeiro. Assim, se a proposição A = todos

²²⁵ Para este trabalho se considera contradição a situação na qual um valor jurídico, para prevalecer, deve desconstituir o outro – assim, numa oposição de interesses a prevalência de um deles levaria à invalidade do outro.

²²⁶ CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. **Dialética para principiantes**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 111.

os homens são mortais for verdadeira, a proposição E = nenhum homem é mortal será falsa. Contudo, se a proposição A for falsa, nada se pode inferir sobre E, que pode ser verdadeiro como pode ser falso. A falsidade de ambos os opostos em se tratando de contrários e perfeitamente possível, em se tratando de contraditórios é impossível.²²⁷

A oposição entre um interesse público e um privado ou outro interesse público que constitua um direito fundamental será sempre uma oposição de contrários. Não se trata de contraditórios, uma vez que ambos são integrantes de uma mesma categoria jurídica. Logo, a prevalência de um não enseja a invalidação do outro. À guisa de ilustração, desapropriação não é a negação do direito fundamental de propriedade, como o direito fundamental de liberdade de expressão não deixa de existir diante de limites impostos legitimamente pelo Estado.

Reputar que uma oposição entre dois interesses públicos é uma oposição de contrários acarreta admitir que quando dirimida a oposição nenhum dos interesses desaparece ou é negado, ambos se afirmam no caso concreto, porque a superação dessa oposição de contrários somente pode ocorrer em concreto. A síntese dialética nessa hipótese será necessariamente o caso concreto, como adiante se demonstrará.

5.5 DISSOCIAÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE DO ESTADO (RAZÕES DE ESTADO) E REPERCUSSÃO DA DISTINÇÃO NO ÂMBITO DA LEGITIMIDADE DA AÇÃO ESTATAL: DISTINÇÃO IMPRESCINDÍVEL PARA A IDENTIFICAÇÃO DE ATOS DE ARBÍTRIO QUE VIOLAM DIREITOS FUNDAMENTAIS

A discussão sobre a existência de um princípio da supremacia do interesse público requer uma demarcação pertinente. O interesse público apto a titularizar posição de supremacia será tão somente aquele que possa assim ser categorizado legitimamente, vale dizer, aquele que tem adequação constitucional e justificativa.

²²⁷ CIRNE-LIMA, 2005, p. 111.

Por adequação constitucional se deve entender a consonância, a relação imediata ou mediata entre o interesse reputado público e alguma atribuição ou competência prevista na Constituição ou na Lei nela fundada. Se for possível estabelecer um estreito vínculo jurídico entre o nominado interesse público e um propósito constitucional, ainda que mediato, expressado por intermédio de norma infraconstitucional, haverá adequação constitucional.

Por justificativa se deve entender o produto de juízo de razoabilidade e de proporcionalidade – motivado de modo a restar inequívoco que o interesse público suscitado pode ser categorizado como algo que deve ser satisfeito ou protegido por ação estatal.

Interesse público não equivale a uma razão abstrata de Estado.

As denominadas razões de Estado constituem um conjunto de argumentos apresentados com o fito de fundamentar certas ações ou condutas do Poder Público. A propósito de constituírem a motivação da ação pública, que destituída dela se torna inválida, são contudo caracterizadas pela falta de suporte constitucional legítimo.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro exarou decisões significativas a esse respeito, todas orientadas a demonstrar a falta de letigimidade constitucional das denominadas razões de Estado.

Refira-se à guisa de exemplo ao acórdão proferido no Recurso Extraordinário 263.831, no qual a Corte Suprema aduziu que “razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não se legitimam como argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público”²²⁸.

Para o Supremo Tribunal Federal as denominadas razões de Estado não se prestam a fundamentar qualquer conduta pública ou ato administrativo. Trata-se de formulação genérica e abstrata de um conceito jurídico indeterminado, cuja determinação produz resultados sempre desconformes com os limites constitucionais fixados para a atuação administrativa.

²²⁸Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22raz%F5es+de+estado%22%29&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

Uma justificativa lastreada genérica e abstratamente em razões de Estado para fundamentar uma conduta estatal não equivale apresentar como lastro os denominados interesses secundários do Estado na concepção original de Renato Alessi²²⁹.

Os interesses públicos secundários, ou da pessoa jurídica de direito público constituem também interesse público, na medida em que somente encontram fundamento de validade se o propósito da conduta pública também for direcionado, ainda que mediatamente, para a satisfação de um interesse da coletividade²³⁰.

Desta feita, a validade dos atos praticados à guisa de satisfazer um interesse da pessoa jurídica de direito público é condicionada à exposição dos motivos de fato e de direito que os autorizam, bem como à demonstração da finalidade para a qual são editados. Esses motivos devem ter pertinência e adequação com a necessidade a ser suprida de forma concreta e específica. Daí se poder afirmar pela ilegitimidade de uma invocação de motivos genéricos e abstratos como fundamento do ato administrativo.

Razões de Estado não equivalem às legítimas pretensões jurídicas e materiais da pessoa jurídica de direito público a quem compete satisfazer o interesse público. Trata-se de esboço ou arremedo de fundamentação para a prática de atos destituídos de interesse público, sem qualquer amparo legitimador no sistema constitucional. No mais das vezes, razões de Estado são suscitadas para justificar condutas de arbítrio e violadoras ou potencialmente violadoras de direitos e garantias constitucionais.

Com efeito, as denominadas razões de Estado têm lugar quando inexistem razões legítimas para a atuação estatal, o que é óbvio.

A mera alegação de razões de Estado, independentemente a produção de resultados materiais já enseja prejuízo jurídico passível de responsabilização por

²²⁹Na concepção de Renato Alessi, o interesse público primário seria aquele de titularidade da coletividade, e interesse público secundário seria o interesse de titularidade da pessoa jurídica de direito público, que o titulariza em nome e proveito próprio. Sobre a designação interesse público secundário, bem informa Emerson Gabardo que para parte da doutrina contemporânea tal distinção não faz sentido, pois o interesse público seria uno. Contudo, pondera Gabardo, que o uso da nomenclatura é metodológico, o que não lhe reduz a importância, e, sendo que a terminologia é bastante consagrada “não parece residir maiores problemas na identificação do interesse das pessoas jurídicas detentoras de personalidade jurídica de direito público como sendo público secundário” (ALESSI, op. cit, p. 181; GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 308).

²³⁰Como se dá com as ações públicas orientadas a possibilitar o funcionamento das atividades estatais, de caráter acessório ou instrumental.

desvio de finalidade. Se, por hipótese, ao prejuízo jurídico for adicionado um prejuízo material e efetivo em relação a direitos fundamentais se estará diante de uma grave forma de violação de deveres constitucionalmente depositados sob a guarda estatal.

Argumentar no sentido das razões de Estado equivale a assumir que inexistem motivos constitucionalmente relevantes para autorizar a conduta, e pois, que inexistem razões válidas para produzir qualquer repercussão negativa a direitos fundamentais.

Assim, refuta-se qualquer tentativa de equivaler as denominadas razões de Estado ao interesse público, na dimensão de interesse efetivo da coletividade, ou na dimensão de interesse da pessoa jurídica de direito público.

6 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA AÇÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E DE EFETIVAÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO

Como anteriormente dito, a ação administrativa se legitima na medida em que é direcionada à satisfação do interesse público. Nessa perspectiva, é possível, sob o ângulo do sistema constitucional, afirmar da existência de uma categoria autônoma de norma-princípio da supremacia do interesse público.

Os princípios, informa J. J. Gomes Canotilho “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica”.²³¹

O objeto e o objetivo da função administrativa são o interesse público, e não apenas satisfação proteção de direitos fundamentais. Uma proposição no sentido de que a finalidade do Estado, traduzida pelo desempenho da função administrativa, é a satisfação ou a proteção de direitos fundamentais, é incompleta e não abarca todos os propósitos administrativos. Tal proposição, se aceita, produziria uma lacuna jurídica no tocante à legitimidade da conduta estatal, o que se pode deduzir inclusive a partir do exame dos elementos constitutivos do próprio ato administrativo.

O ato administrativo ilegítimo não é válido e sua invalidade produz consequências jurídicas significativas. A legitimidade tem estreito vínculo com a finalidade, que é um dos elementos constitutivos do ato administrativo. Ao vício em relação à finalidade do ato administrativo diz-se vício de finalidade ou desvio de finalidade. Tal vício se verifica quando a Administração Pública produz um ato – ou pratica uma conduta – diversa daquela elencada no rol de suas atribuições legais ou constitucionais.

²³¹CANOTILHO, 1993, p. 534.

Desta feita, a perfeita subsunção do resultado do ato a uma norma ou regra legal ou constitucional que o preveja e autorize, de consequência é requisito de validade dele. Se a demonstração desse vínculo não é possível juridicamente, o ato será inválido.

Daí a importância elementar de deduzir da Constituição as atribuições legítimas da Administração Pública a partir da distribuição de competência.

É sabido que à Administração Pública compete satisfazer e proteger o interesse público, porém, a questão é sobre a possibilidade jurídico-constitucional de extrair da Constituição um princípio que preconize que, quando um interesse público está em oposição a um particular, aquele deve prevalecer: um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A defesa de um princípio da supremacia do interesse público deve partir de uma relação efetiva com o ordenamento jurídico por intermédio de argumentos institucionais, aqueles passíveis de serem relacionados mediata ou imediatamente com o exposto texto constitucional.

Desta feita, a defesa de um princípio implícito da supremacia do interesse público pode partir de dois aspectos de índole constitucional. O princípio da supremacia do interesse público, nessa perspectiva, deriva (i) dos objetivos fundamentais da República; (ii) da regra da competência constitucional-administrativa. Por regra da competência se entende o conjunto normas previstas na Constituição ou na Lei como deveres inafastáveis do Poder Público.

O interesse público figura na Constituição como meta fundamental do Estado, e já no preâmbulo da Constituição pode-se localizar inicialmente o princípio da supremacia do interesse público de forma implícita.

Estabelece a Constituição, no seu preâmbulo, que o Estado Democrático que institui se destina a assegurar e garantir direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. No texto preambular convivem valores de larga amplitude não só semântica, como de conteúdo jurídico, que efetivamente podem produzir uma relação de aparente oposição. A harmonização dos valores jurídicos estabelecidos como finalidade do Estado Democrático se dá pela formulação expressa contida na Constituição ao fixar que esses valores serão os de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça serão perseguidos e efetivados com vistas a uma sociedade

fraterna. Esse vetor hermenêutico constitucional nada tem de metajurídico, ao reverso, trata-se de um preceito constitucional expreso. A fraternidade é, pois, o primeiro argumento institucional expressamente posto na Constituição a demonstrar a existência de um princípio da supremacia do interesse público.

Fraternidade não se expressa na dimensão privada ou particular. É uma noção eminentemente de dimensão pública, transindividual e intersubjetiva. Todos os valores constitucionais devem ser interpretados com vistas à construção e à manutenção de uma sociedade fraterna. A fraternidade é um expreso limite constitucional ao exercício de liberdades e direitos de caráter particular, submetendo-os e conformando-os sempre que necessário para conferir efetividade ao comando constitucional. A conduta administrativa direcionada à construção ou à manutenção da fraternidade será reputada sempre legítima e terá prevalência sobre qualquer interesse particular.

Em seguida, elenca a Constituição, como fundamento da República, outro fundante vetor hermenêutico constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é valor jurídico sobre o qual não há dissonância. Velar pela dignidade da pessoa humana se pode argumentar que constitui o principal mister constitucional atribuído ao Estado e à sociedade. Não haverá possibilidade jurídica de efetivar nenhum outro valor ou bem tutelado pela Constituição em detrimento da dignidade humana. Não se cogita de ação solidária ou fraterna que de algum modo produza como resultado reduzir uma pessoa humana a condição indigna. Há inegável interesse público em conferir efetividade a tal disposição constitucional. Assim, quando uma ação estatal administrativa for direcionada à proteção ou garantia da dignidade da pessoa humana haverá prevalência desse interesse em relação a qualquer interesse particular.

Fixa ainda a Constituição, no artigo 3º, solidariedade, desenvolvimento nacional, o bem de todos sem qualquer forma de preconceito ou de discriminação, erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Independentemente da indeterminação de seu conteúdo jurídico, signos como solidariedade, construção de sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, bem de todos, redução das desigualdades sociais e regionais e erradicação da pobreza foram elencados na Constituição como objetivos fundamentais. Indeterminação jurídica não transforma um argumento institucional em argumento

metajurídico. O intérprete deve buscar desses valores constitucionais a excelência da efetivação, posto que objetivos fundamentais determinados pelo constituinte originário como finalidade do Estado. Quando a ação administrativa for realizada com o objetivo de conferir efetividade a qualquer desses bens jurídico-constitucionais haverá prevalência dessa conduta direcionada ao interesse público em relação a um interesse particular.

Esses objetivos fundamentais são todos de natureza transindividual, o que indica uma clara opção do legislador pela dimensão pública. Não se sustenta que a topologia constitucional represente uma opção de hierarquia axiológica entre valores jurídicos, conferindo mais importância a um bem jurídico do que outro em razão da localização no texto da Constituição. Não é esse o ponto. O fato de relevância é que a Constituição Federal elenca valores de cunho eminentemente público como objetivos fundamentais da República, e portanto do Estado, a serem perseguidos, satisfeitos e protegidos pela Administração Pública.

Em segundo lugar, o princípio da supremacia do interesse público pode ser deduzido a partir da regra da competência administrativa expressa na Constituição.

Competência é o conjunto de atribuições que a Constituição ou a lei determinam para alguém, que pode ser pessoa jurídica de direito público, órgão, agente detentor de cargo ou de emprego público. As normas que veiculam regras de competência são de interesse público. Implicam considerar que uma determinada atribuição, atividade ou ação material é importante e necessária a ponto de a carta constitucional ou a lei, fundada na Constituição, determinarem sua concretização a uma entidade de natureza ou de finalidade pública.

As atividades típicas do Poder Executivo no que tange à função administrativa são realizadas no cumprimento de determinação legal ou constitucional. A competência, a par de constituir conjunto de atribuições, constitui o administrador público em dever jurídico, quando não em obrigação jurídica. A Administração Pública e o administrador público recebem atribuições que têm de ser concretamente efetivadas, sob pena de a inação ou omissão produzirem dano jurídico e mesmo material ao interesse juridicamente tutelado que lhe cabia tutelar ou realizar.

Fixada a conduta como cogente para a Administração Pública pela regra da competência constitucional, é mister ser cumprida, salvo a hipótese de alguma situação jurídica de exceção que autorize e justifique seu não cumprimento. As

competências constitucionais expressas têm em sua gênese a supremacia do interesse público.

A atribuição de prestar serviços públicos prevista no artigo 175, o dever de segurança pública inclusive para a preservação da ordem pública (art. 144); a política de desenvolvimento urbano (art. 182); assegurar a função social da propriedade rural (art. 184); garantir a ordem social tendo como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193); assegurar a saúde pública (art. 196); assegurar a educação pública (art. 205); proteção de manifestação de culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º); assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 224); dentre outras competências atribuídas ao Estado evidenciam objetivos de interesse público que se sobrepõem, *a priori*, diante de interesses privados, uma vez que a Constituição determinou sua concretização por intermédio do Estado.

Perceba-se que não se trata de extrair o princípio da supremacia do interesse público pela utilização de argumentos não institucionais ou metajurídicos. Não se deve confundir argumentos não institucionais ou metajurídicos com conceitos jurídicos indeterminados. Saúde pública, segurança jurídica, educação pública, função social da propriedade e outros signos jurídicos expressos na Constituição nada têm de metajurídicos. Ao reverso, tratam-se de conceitos dotados de grande significação jurídica de determinação absolutamente possível e necessária por parte do intérprete para conferir efetividade a regras constitucionais expressas. O princípio não é expresso, mas pode ser deduzido implicitamente da Constituição, sem grande esforço, hermenêutico também da regra da competência.

Uma determinada ação administrativa orientada a cumprir a regra da competência constitucional parte da premissa da legitimidade e, pois, da supremacia em relação a algum interesse privado que com ela conflite ou se poste em oposição pela simples razão de ter assento constitucional e constituir dever jurídico ou mesmo obrigação jurídica estatal.

Nesse panorama, sublinhe-se que se a ação administrativa somente poderia ocorrer se direcionada a algum direito fundamental, aquela que não o fosse seria exercida com vício em relação à finalidade, o que viciaria o ato ou a conduta administrativa, posto que finalidade é requisito de validade deles. E sabidamente há

regras legais fixando competências administrativas que exigem ação estatal que não guarda nenhuma relação com algum direito fundamental.²³²

Não é necessário recorrer a argumentos metajurídicos ou não institucionais para desvendar o implícito princípio da supremacia do interesse público no sistema constitucional. Entretanto, até mesmo por intermédio deles seria possível fazê-lo.

Seria possível extrair o princípio das razões próprias pelas quais se formou o Estado, uma vez que a noção de primazia do interesse público sobre o particular constitui, sob o ângulo jusfilosófico, um dos suportes da manutenção da coesão social.

Um aspecto importante é a correta compreensão das categorias jurídicas em relevo. O que se sustenta é a possibilidade de extrair da Constituição um implícito princípio da supremacia do interesse público. Interesse particular é categoria jurídica que não se confunde com direito fundamental à *prima facie*. Um interesse particular pode estar fundado ou coincidir com um direito fundamental. Mas podem existir interesses particulares que não correspondem a um determinado direito fundamental. Trata o princípio que se sustenta de uma concepção de supremacia do interesse público sobre o interesse particular, que pode ou não guardar relação com um direito fundamental, ao qual se pode designar de interesse particular em sentido estrito, porque não detentor da característica jurídica de ser também direito fundamental.

O Poder Executivo no exercício da função administrativa e no uso de prerrogativas públicas instrumentais pode encontrar a oposição de um interesse particular em sentido estrito e/ou de um interesse particular que constitui um direito fundamental. É possível que o Estado, atuando para perseguir a realização do que

²³² A Administração Pública realiza inúmeros atos e pratica inúmeras condutas, interferindo na esfera jurídica de particulares, inclusive para reduzi-la, sem que assista sequer direito de indenização ou ressarcimento. Tal é o caso do exercício de poder de polícia que impõe a vedação de estacionamento numa via pública na qual estão instalados estabelecimentos comerciais que terão potencial redução de movimento. Ou, ainda, alteração de mão de trânsito, proibição da venda de determinados produtos; fomento de determinada atividade econômica por intermédio de financiamentos públicos, ou pelo tratamento diferenciado e favorecido em detrimento de outros segmentos da economia. A alusão ao fato de que tais ações devem atender ao princípio da legalidade, e que, portanto, é a legalidade e não uma suposta supremacia do interesse público o fundamento da sua legitimidade não diz mais do que o óbvio e não explica com suficiência alguns fenômenos jurídicos derivados de opções administrativas discricionárias: a desapropriação de um imóvel tem previsão legal, mas a escolha acerca de qual é o imóvel mais adequado para satisfação de uma necessidade pública demanda outra fonte de justificação; assim, há espaços de conveniência e oportunidade para a adoção de condutas administrativas que somente se legitimam desde uma noção prévia de supremacia do interesse público.

lhe compete, em face da regra da competência, depare-se com um interesse que, se respeitado, inviabilizaria ou reduziria a dimensão da ação pública. Há de ser superado esse conflito de interesses para manutenção do equilíbrio do sistema normativo-constitucional, deduzindo-se a partir dele uma solução legítima e adequada aos propósitos da Constituição.

Questão relevante é sobre se seria sustentável a existência de um princípio que, com vistas a dar solução a tal situação jurídica, partisse da premissa da supremacia do interesse público, à *prima facie*.

Uma das objeções que se faz à existência ao princípio em tela é o fato de que uma situação de supremacia, de fato, somente pode ser constatada diante de um caso jurídico concreto, mediante juízo de ponderação. E se juízo de ponderação em concreto é necessário, não se pode cogitar de supremacia de forma apriorística.

Pode-se sustentar que há situações em que o próprio legislador constituinte preestabeleceu a ponderação entre o interesse público e o interesse privado, instituindo uma espécie de acomodação prévia entre o agravamento do interesse privado diante da necessidade de interesse público. Nesses casos, o agravamento do interesse privado não se deveu a uma estipulação prévia de supremacia do interesse público, mas a uma disposição constitucional expressa autorizatória da restrição ao direito fundamental²³³. Essa explicação é insuficiente.

A mera previsão constitucional expressa não pode servir de argumento institucional exaustivo como critério de legitimidade da conduta do Estado supressora ou limitadora de garantia fundamental. Mesmo em caso de previsão constitucional expressa, qualquer conduta pública, para ser legítima, pressupõe a necessidade de demonstração de que o propósito central dela é a satisfação de um interesse público. O critério legitimador da conduta não será nunca a isolada previsão constitucional expressa, mas a efetiva demonstração de que a opção administrativa é a que melhor atenderá a um determinado e eleito interesse público.

Independentemente do grau, um sacrifício a interesse privado por parte do Estado somente se legitima em face da satisfação de um interesse público. É neste sentido que opera o princípio da supremacia do interesse público.

Certo que não é possível diante da estrutura constitucional a afirmação de um princípio da supremacia do interesse público que se bastasse tão somente pela

²³³ Por exemplo, o caso da desapropriação, que pode ser reputado como atenuação ou afastamento do direito de propriedade determinado pela própria Constituição.

sua apresentação textual ou semântica, assim como há diversos princípios constitucionais que não exaurem seu conteúdo jurídico de forma adequada pela mera invocação como um *a priori* jurídico. Tome-se a dignidade da pessoa humana como exemplo diante da qual todos os demais valores constitucionais devem ceder espaço. Mesmo esse preceito constitucional da dignidade da pessoa humana quando invocado à *prima facie* demanda comprovação *a posteriori* da situação de fato autorizatória de sua aplicação.

A invocação da supremacia do interesse público, como de resto, de qualquer princípio suscitado como legitimador da ação administrativa, destituída da correlata motivação, configura arbítrio. O que não constitui novidade no sistema jurídico. A motivação é o mais elementar princípio que rege a Administração Pública. Consequência disso é que uma conduta desmotivada é conduta inválida, qualquer que sejam os interesses em disputa.

O interesse público, se legítimo – mediante adequação constitucional – e justificado, deve prevalecer sobre o interesse particular. Esse é o conteúdo jurídico do princípio da supremacia do interesse público. É evidente, e nem poderia diferente ser no sistema constitucional, que a legitimidade e a justificativa devem ser objetivamente demonstradas. Pode ser tomado como axioma na medida em que pode ser reputada premissa aceita previamente. O que não significa que não se possa contrapor aduzir sobre a inexistência dos pressupostos ou premissas para que a supremacia possa ser caracterizada.

Os pressupostos são exatamente a legitimidade – adequação constitucional – e a justificativa. Não se trata de ponderação ou de qualquer método hermenêutico a ser aplicado a partir de uma relação jurídica concreta. Para ser reputado como aplicável o princípio é preciso que a conduta praticada sob o argumento da supremacia seja legítima – tenha adequação constitucional – e seja justificada.

A rigor qualquer princípio exige, para que seja aplicado, a comprovação prévia de tais pressupostos.

O próprio princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser evocado em defesa de qualquer pessoa senão quando em risco ou em questão a dignidade humana. Não se trata então de legitimidade que se possa deduzir como um *a priori* a partir da mera referência ao texto expresso na Constituição. Se presentes os pressupostos de legitimidade e de justificativa sempre prevalecerá o princípio da dignidade da pessoa humana sobre qualquer outro. O axioma não se deduz a partir

da mera existência do princípio, mas de sua evocação lastreada nos pressupostos da legitimidade e da justificativa.

É possível então cogitar de uma supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios, porém, desde que essa formulação parta da existência de um efetivo e concreto conflito de valores jurídicos. Isso se dá em relação à supremacia do interesse público, que não é conceito indeterminável, porém sujeito a uma determinação lastreada nos pressupostos da legitimidade e da justificativa.

Sustenta-se que a eventual necessidade de análise em concreto dos interesses em conflito ou em oposição não afasta a possibilidade jurídica de admitir um princípio da supremacia do interesse público como um *a priori* jurídico.

A supremacia do interesse público *prima facie* é sustentável, sem qualquer juízo de ponderação *a posteriori*. Admitir a supremacia do interesse público à *prima facie* não implica suprimir direitos ou garantias jurídicas do particular nessa hipótese. Um princípio da supremacia do interesse público legitima a ação administrativa, fazendo-a prevalecer, mas não autoriza ou legitima supressão de direitos que possam decorrer da prevalência do interesse público²³⁴.

Admitir a supremacia do interesse público sobre o particular à *prima facie* não equivale a inadmitir a possibilidade de demonstração de que faltava um dos pressupostos para a aplicação da premissa em concreto.

A adequação constitucional se afere pelo contraste da ação administrativa potencial – aquela que será realizada –, com o elenco de atribuições da Administração Pública previsto na Constituição e na Lei. E a justificativa implica a demonstração por parte do Administrador de que a ação administrativa é a necessária para a consecução daquelas atribuições. Esse juízo sobre a existência de um interesse público que terá posição de supremacia em situação de oposição a um interesse particular é prévio. Dito que a Administração somente pode se valer de posição superior ou de prerrogativas públicas se no propósito de satisfazer, proteger ou efetivar um interesse público, o juízo sobre a existência, ou não, dele será sempre prévia, e não *a posteriori*.

²³⁴Refira-se ao caso de ocupação temporária de patrimônio particular. O interesse particular pode ser o de não ter sua propriedade ocupada para fins de utilidade ou necessidade pública. Em situação de oposição, tal interesse deve ceder ao interesse público, mas persistirá o direito de ser indenizado por eventuais prejuízos que a ocupação produza. Inadmitir um princípio da supremacia do interesse público demandaria retirar o fundamento de legitimidade e de validade de uma ação administrativa dessa natureza.

O que pode se verificar *a posteriori* é a existência de adequação constitucional e de motivação por intermédio do controle da ação administrativa. Não se pode confundir controle da ação administrativa com aferição *a posteriori* de situação de supremacia do interesse público.

A situação que justifica uma posição de supremacia do interesse público, a diminuir a esfera jurídica do particular em caso de oposição de interesses será sempre atestada previamente, eis que ao atuar a Administração já deve ter realizado tal análise.

O que se pretende sustentar não é apenas a supremacia do interesse público, mas que tal supremacia constitui um verdadeiro e efetivo instrumento de garantia de direitos fundamentais.

Para tal, recorre-se à racionalidade dialética, adiante examinada.

6.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: NEGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS OU CATEGORIAS JURÍDICAS COMPLEMENTARES? RACIONALIDADE DIALÉTICA COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DO APARENTE ANTAGONISMO

Sustenta-se que o princípio da supremacia do interesse público legitima a ação administrativa como um *a priori* jurídico. Não equivale a inadmitir a possibilidade de um juízo de constatação em concreto da proporcionalidade da conduta pública, ou da existência dos requisitos de validade dela – somente será válida e legítima a conduta, repita-se, se presentes os requisitos de legitimidade do próprio princípio: adequação constitucional e justificativa.

Afirmar que a supremacia do interesse público é viável à *prima facie* não destoa da abordagem sobre aplicabilidade que se faz em relação a outros valores jurídico-constitucionais.

O substrato fático sempre será, qualquer que seja a norma – princípio ou regra – em discussão, um elemento de indispensável demonstração para concluir pela legitimidade, ou não, da sua aplicação. Retome-se um dos valores constitucionais mais relevantes, se não o mais relevante: a dignidade da pessoa humana. Com fundamento nele, são vedados e proibidos quaisquer atos ou

condutas públicas ou privadas que retirem de qualquer pessoa humana a condição de dignidade. A dignidade da pessoa humana, sob outro ângulo, impõe ao Estado e aos particulares prestações positivas ou condutas comissivas orientadas a garanti-lo e efetivá-lo.

A conduta pública adotada sob alegação de preservação da dignidade humana pressupõe que seja aferida no caso concreto – a existência do substrato fático verdadeiro a lhe conferir legitimidade. Caso contrário, se inexistente no mundo dos fatos uma ofensa ou potencialidade de ofensa à dignidade humana, ou constatado que o propósito da ação não foi o de garanti-la ou preservá-la, sequer se formou a base fática que conferiria legitimidade à ação pública – daí ter-se que reputá-la em desvio de finalidade – o que somente pode ser constatado em concreto.

A evocação do princípio da supremacia do interesse público numa situação concreta pode demandar em sede de controle, constatação de existência do suporte fático e da adequação constitucional no que respeita à proporcionalidade da ação estatal – como de resto deve ocorrer em relação à aplicação de qualquer princípio.

O princípio da supremacia do interesse público é central e instrumental no que concerne à análise da legitimidade da ação administrativa.

Quando em oposição um interesse público e um particular, surge um antagonismo, ao menos aparente, e a necessidade de sua superação.

Pode-se cogitar da superação de conflitos entre princípios pela utilização, por exemplo, da racionalidade defendida por Alexy e Dworkin – um juízo de ponderação valorativa.

A racionalidade proposta pelos autores citados não parece ser a mais correta para dirimir controvérsias versando sobre um conflito ou aparente conflito entre os interesses públicos ou entre um interesse público e um privado.

E não o é porque não há, nesse caso, conflito entre princípios. É possível indagar sobre a existência de um princípio da supremacia do interesse público, ainda que sobre tal configuração haja divergência doutrinária. Mas não há que se cogitar existência de um princípio da supremacia do interesse privado. Logo, uma relação jurídica que envolva o interesse público contrastado com um interesse privado não contém um conflito entre princípios. Deve ser descartada, portanto, a racionalidade defendida por Alexy e por Dworkin para a superação de conflitos entre princípios.

A superação dessa antinomia público *versus* privado pode ser realizada por intermédio do denominado jogo dos opostos do pensamento dialético.

Como leciona Cirne-Lima na filosofia da natureza dos filósofos jônicos surge uma primitiva forma do jogo dos opostos. O primeiro princípio é contraposto às coisas diferenciadas que dele se originam e por meio dele se explicam. O jogo dos opostos transportado para a trama das relações sociais significa que cada homem é apenas um polo da oposição. Para identificar e conhecer a significação de um polo é preciso sempre pensá-lo em relação de oposição a um segundo polo. Cada polo só pode ser entendido em si enquanto for pensado em relação a seu polo oposto. Cada homem em suas relações sociais é apenas um polo, uma parte. Para entender esse primeiro homem é preciso vê-lo em sua relação de oposição com o outro homem, que é o seu contrário.

No denominado jogo dos opostos podem acontecer três coisas: i) o primeiro polo ser verdadeiro, aí o segundo polo é falso e tem de ser abandonado; ii) o segundo polo é verdadeiro, e aí o primeiro tem de ser abandonado; iii) ambos os polos são falsos e aí há que se descobrir de parte a parte as verdades apenas parciais contidas nos polos opostos, para unindo-as e conciliando-as engendrar a unidade verdadeira de uma síntese mais alta. É preciso argumentar primeiro mostrando a falsidade, isto é, a parcialidade da tese, depois mostrar a falsidade da antítese, que também é parcial, para que então possa surgir na conciliação de ambas a verdade do todo maior e mais alto.²³⁵

Este é um aspecto importante do pensamento dialético e bastante significativo para a tese que se sustenta. Deve se tomar em consideração, para o fim deste estudo, que a dialética é produto de um longo, sério, trabalhoso e muitas vezes doloroso processo de superação das contradições existentes entre tese e antítese. Dialética é educação e se realiza em processo lento de maturação e de aprendizado.²³⁶

A partir disso, lembre-se que a atuação administrativa se localiza no universo da contingência e da historicidade. E, como aduz Cirne-Lima:

²³⁵CIRNE-LIMA, 2005, p. 30-41.

²³⁶Ibid., p. 42.

Uma coisa pode ser assim, mas também pode ser diferente, no reino da contingência, cheio de alternativas se localiza ética, império do dever-ser. Há situações em que o homem, em face de outro homem, pode agir de uma maneira ou de outra diferente. Há às vezes dezenas de maneiras de agir livremente face às outras pessoas, com diversas possibilidades de escolha. O homem ao agir livremente deve escolher a alternativa ética. Ético para Aristóteles é aquele feito de acordo com a virtude. O fator decisivo da eticidade é a reta. Reta é a razão que obedece à gramática do *logos* prático. Razão prática é distinto da razão teórica. A razão prática – ética e política – não segue as regras da razão teórica. As regras da razão prática são mais flexíveis e menos exatas.²³⁷

O pensamento dialético opera entre contrários, e não entre contraditórios.

Como anteriormente referido, a oposição entre interesses públicos ou entre um interesse público e um interesse particular é uma oposição entre contrários, e não uma oposição entre contraditórios.

Cita Cirne-Lima que a oposição de contrários é o tema do primeiro capítulo da Fenomenologia do Espírito de Hegel – oposição entre objeto e sujeito, entre objetividade e subjetividade. Uma tese inicial no sentido de que “a verdade da certeza sensível está no objeto” seria falsa, porque sem sujeito as proposições perdem a verdade: escreve-se na pedra “Agora é dia”. Torna-se objetiva a proposição ao ser escrita. Passam horas e o dia se torna noite, a proposição deixa de ser verdadeira, mas continua objetiva. O dialético partiria para a antítese e depois para a síntese. A verdade da certeza sensível está no sujeito, é antítese à tese, e a verdade da certeza sensível está no objeto. Porém, o contrário de objeto é sujeito? É, mas não somente o sujeito. A anteposição da negação ao conceito de objeto (premissa do jogo dos opostos) produz “não objeto”, não guarda identidade com sujeito, não se resume em sujeito, embora sujeito seja um não objeto. A negação de objeto inclui todas as coisas existentes e possíveis, desde que não sejam objeto.²³⁸

Para o referido autor a oposição de contrários surge da linguagem e da história, ambas concretas e contingentes. Na dialética o contrário não é construído *a priori* pela mera anteposição da negação. Na analítica isso pode ser feito porque se tem sujeito e quantificador. Em dialética não há na proposição sujeito e quantificador. Será buscado na história e na linguagem qual é o polo semanticamente oposto à tese dada. Dialética não é um método lógico-formal que possa ser operado de maneira *a priori*. O engendramento do polo oposto à formação

²³⁷ CIRNE-LIMA, 2005, p. 74.

²³⁸ Ibid., p. 116-117.

do conceito antitético não se faz *a priori* pela mera anteposição da negação e sim por meio de um conceito que se encontra *a posteriori* na linguagem e na história. A negação que forma os opostos deve ser determinada (sujeito é contrário de objeto / branco é contrário de preto) e não indeterminada (objeto contrário de não objeto / branco contrário de não branco). A dialética do concreto busca os contrários na linguagem e na história. A vantagem é que se indica com clareza de onde vêm os conteúdos contingentes e históricos que ocorrem nos sistemas dialéticos. Admite a existência da contingência e da historicidade das coisas e do homem. Há alternativas no curso aleatório das coisas: espaço do livre arbítrio e da responsabilidade moral.²³⁹

A busca por um discurso racional, livre de contradições, no que diz respeito ao conflito entre interesse público e particular deve ser o objetivo do intérprete. De acordo com o princípio filosófico da coerência ou da não contradição, toda a contradição deve ser evitada. A contradição pode existir, mas deve ser evitada, e, se existente, deve ser trabalhada e superada. Se ocorrerem contradições é porque o discurso racional não foi completado. A superação da contradição se produz: i) pela anulação de um dos polos: o dito e o contradito se opõem de a ponto de que um é verdadeiro e o outro é falso. Nesses casos a racionalidade do discurso exige que se guarde o polo verdadeiro, jogando fora o falso. Assim se dá em situação de oposição de contraditórios. Em caso de oposição de contrários: (a) Se uma proposição é verdadeira, a outra é sempre falsa – um polo anula o outro, como na oposição de contraditório. (b) se a primeira proposição é falsa, a segunda pode ser verdadeira ou falsa – as duas podem ser falsas. Se ambas as proposições são falsas, aplica-se o subprincípio do princípio da não contradição, que demanda fazer as devidas distinções.

Se as duas proposições são falsas se deve fazer a distinção devida no sujeito lógico. Ao fazer a distinção no sujeito lógico evita-se que o mesmo predicado seja e não seja atribuído ao mesmo sujeito sob o mesmo aspecto. Para que a contradição seja superada o sujeito lógico da predicação deve ser reduplicado (*propositio* reduplicativa ou *propositio* explicativa). Pela reduplicação do sujeito lógico são gerados dois novos aspectos que elaboram a contradição antes existente e a superam.²⁴⁰

²³⁹ CIRNE-LIMA, 2005, p. 118-119.

²⁴⁰ Afira-se o exemplo dado por Cirne-Lima a propósito:

Como preceitua Cirne-Lima, os opostos na dialética – oposição de contrários – não têm estrutura predicativa e por isso a síntese tem de ser feita não pela elaboração de novos aspectos no sujeito lógico, mas sim pela inserção de um novo predicado que leve em consideração a falsidade tanto da tese como da antítese e concilie ambas num novo conceito. A dialética, por trabalhar com opostos que são apenas contrários, está sempre inserida na historicidade contingente da linguagem e do mundo em que vivemos e pensamos. A antítese não é construída *a priori*, mas é assumida da linguagem e da História. Às vezes a antítese é construída de algo novo, que é sempre fato intersubjetivo. Contém sempre um momento que é a *posteriori* e contingente.²⁴¹

Registra o citado autor que, na crítica da razão prática, Kant parte de um pressuposto fático: todos os povos em todos os tempos e em todas as culturas possuem algum tipo de dever-ser, muito embora os conteúdos variem de cultura a cultura. Para que todos os povos em todos os lugares tenham esse dever ser é preciso que exista uma estrutura *a priori*, um eu transcendental prático que se guie por um único princípio geral. Esse princípio prático Kant chama de Imperativo Categórico: age sempre de tal maneira que a norma da ação possa ser elevada ao estatuto de uma lei universal. O imperativo categórico é vazio de conteúdo, então Apel e Habermas denominaram o Imperativo Categórico com o nome de Princípio U – Princípio da Universalização, que diz o mesmo que o Imperativo Categórico de Kant, mas deve ser aplicado simultaneamente com o Princípio D, Princípio do Discurso. Na roda do discurso da não violência os interesses particulares são examinados em sua eticidade, a partir do Princípio U. Alguém na roda do Discurso tem de fato um interesse determinado; esse interesse é ético? Para descobrir isso é necessário verificar se ele é passível de universalização. É passível de universalização, então é ético. Ética se faz no vai e vem entre o Princípio D e o Princípio U. Do princípio U, que é o velho Imperativo Categórico, vem a

TESE: as mesas contingentemente existentes não podem não existir

ANTÍTESE: as mesas contingentemente existentes podem não existir

Reduplicação do sujeito lógico, que vale para a ANALÍTICA, que tem sujeito lógico:

Sujeito: as mesas contingentemente existentes

Sujeito reduplicado 1: enquanto elas de fato existirem

Predicado: não podem não existir

Sujeito: As mesas contingentemente existentes

Sujeito reduplicado 2: enquanto elas são contingentes

Predicado: podem não existir (CIRNE-LIMA, 2005, p. 134-140).

²⁴¹Ibid., p. 160-165.

normatividade, o Dever-ser. Do Princípio D, da roda do Discurso, vêm os conteúdos contingentes e históricos que faltavam no imperativo vazio de Kant.²⁴²

Ante a esse raciocínio, mediante o pensamento dialético é possível a superação da oposição (real ou aparente) entre interesse público e interesse privado.

A busca pela satisfação dos interesses privados é natural no ser humano. Importa é que a satisfação de interesses privados não coloque em risco ou aniquile os interesses públicos constitutivos da própria sociedade. Para Hegel, o fato de que os indivíduos somente se interessam por aquilo que é de seu proveito particular, e que, mesmo quando se esforçam em relação a um objetivo geral visam também à satisfação de um interesse particular não constitui uma conduta reprovável, porque nada é realizado sem que os indivíduos ativos também se satisfaçam.²⁴³

O Estado nada mais é que o produto exatamente das batalhas entre os interesses particulares e as paixões e de um processo árduo e moroso para discipliná-los até que se realize a união.²⁴⁴ O Estado é, então, a essência, a aderência da vontade subjetiva e da razão. O Estado é a unidade do querer universal, essencial e do querer subjetivo – a moralidade objetiva.²⁴⁵ Trata-se da unidade da vontade universal e subjetiva, sendo que, para Hegel, no Estado “a vontade objetiva e a subjetiva são, então, conciliadas, formando uma unidade serena, pois a eticidade do Estado não é a eticidade moral, refletida, na qual predomina a convicção individual”²⁴⁶.

A sociedade e o Estado impõem restrições, limitando as paixões individuais, pois partem de essencialidades, objetos e fins universais. A limitação não deve ser observada como uma limitação da liberdade, mas como a condição da qual surge a libertação, a condição na qual a liberdade se realiza.²⁴⁷ Assim, o Estado surge como unidade do universal e do particular.²⁴⁸

A sociedade civil para Hegel é a particularidade do universal representado pelo Estado, que só faz sentido, encontra-se e concebe-se em relação ao Estado, ou seja, ao universal.

²⁴² CIRNE-LIMA, 2005, p. 168-189.

²⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da história**. Brasília: UnB, 1995, p. 28.

²⁴⁴ Ibid., p. 29.

²⁴⁵ Ibid., p. 39.

²⁴⁶ Ibid., p. 40.

²⁴⁷ Ibid., p. 41.

²⁴⁸ Ibid., p. 45.

A sociedade civil é constituída por um conjunto de forças que não são coerentes, formada por grupos distintos que a integram e que têm ou podem ter interesses legítimos protegidos por lei. Esses interesses podem ser conflitantes. A resolução desses conflitos no âmbito da própria esfera da sociedade civil dar-se-á pela força ou pelo estabelecimento de privilégios. É apenas no âmbito da esfera pública concreta, no Estado, portanto, que se determinará o que é ou o que não é direito. O Estado em Hegel é o resultado da estabilização dos conflitos da sociedade.

No contexto do pensamento hegeliano, o interesse público constituído no Estado é o universal, e os interesses privados constituem a particularidade.

Tratar da contraposição entre interesse público e privado implica abordar a dialética entre o particular e o universal.

A noção de supremacia do interesse público é uma ideia universal. Nessa qualidade de totalidade, contém particularidades que podem ser traduzidas em interesses privados e direitos fundamentais. Não se pode então afirmar a existência de conflito entre o interesse público e o privado ou entre o interesse público e direitos fundamentais, eis que é apenas de uma instância no universal.

Quando um interesse privado ou quando um direito fundamental está em evidência, isso não implica superposição ou prevalência sobre o interesse público. Se o Estado garante posições jurídicas, somente o faz porque proteger certas posições jurídicas é de interesse público.

Os interesses existentes na sociedade civil somente se transmutam em direito por conta do Estado, com a condição de que o Estado seja universal e legítimo. O Estado reconhece como direito todo interesse que seja universal. Do contrário estaria a constituir não um direito, mas um privilégio, o que seria intolerável num Estado com pretensão universal.

Ao sustentar que certo interesse público tem supremacia não se está negando o outro interesse particular. Mas se afirma que o interesse particular, para ser tutelado, tem que ser reconhecido como universal, sob pena de caracterizar privilégio.

O pensamento dialético, pois, parece constituir o método mais adequado à compreensão e justificativa da supremacia do interesse público quando em confronto com interesses ditos privados.

Poder-se-ia cogitar de superação dessa oposição por intermédio do processo analítico. Na ótica analítica, o interesse particular seria a negação do interesse público, uma vez que a negação analítica elimina o outro. No processo analítico, a antítese anula a tese.

Em razão disso, a racionalidade analítica não parece ser a mais correta para a análise de um fenômeno jurídico do porte do confronto entre um interesse dito privado e um interesse público, ou mesmo entre o interesse público e direitos fundamentais.²⁴⁹ A prevalência de um interesse público sobre outro garantido constitucionalmente não enseja a anulação dessa garantia constitucional.

Tampouco a racionalidade da ponderação valorativa, tão cara para a solução de conflitos entre princípios, mas inadequada para desvelar uma oposição entre interesse público e direitos fundamentais.²⁵⁰

O método da ponderação não faz sentido na discussão travada entre interesse público e interesse privado, nem se cotejada a supremacia do interesse público com direitos fundamentais. Isso porque direitos fundamentais não são princípios. Tampouco interesses privados são princípios. E nem se cogita de um princípio da supremacia do interesse particular, eis que constituiria uma contradição, antagonizando com a própria ideia de Estado de Direito legitimamente posto.

Na dialética, a totalidade antecede as partes. Neste sentido, a sociedade antecede os indivíduos. Só é possível cogitar uma dimensão privada em razão da existência de uma dimensão pública. Pensar em supremacia significa pensar o privado em relação ao público. Todo particular é a especificação de algo que é público. Nesse contexto, parece claro que interesses público e privado não são noções contraditórias.

Em não sendo noções contraditórias, o pensamento dialético é fundamental para inferir a possibilidade jurídica de afirmação de um princípio da supremacia do interesse público.

Entendidos como contraditórios, o confronto entre um interesse público e um interesse privado ou um direito fundamental produziria anulação de um deles, como acima visto na referência ao jogo de opostos dialético. Porém, se entendidos como contrários, de acordo com o pensamento dialético, a superação do conflito não se

²⁴⁹Embora se defenda que os direitos fundamentais são espécie do gênero interesse público um direito fundamental pode ter uma dimensão particularizada a ponto de ser significativo apenas para uma pessoa ou grupo de pessoas, o que não o transforma em interesse privado.

²⁵⁰Reitere-se: espécie do gênero interesse público.

resolveria pela negação de um dos interesses, como ocorreria no processo analítico, mas por intermédio de processo de superação dialética ou de negação dialética.

Na negação dialética hegeliana não desaparece a tese ou a antítese: há supressão dela.²⁵¹

Assim, supondo-se a afirmação da supremacia do interesse público como princípio, e em determinado caso concreto não houver prevalência efetiva do interesse público, não se configura o seu desaparecimento (negação) mas apenas uma alteração de sua qualidade – um estado de supressão.

No processo dialético, a supremacia do interesse público é o universal (tese) – o interesse (interesse privado ou direito fundamental) que está em jogo diante do Estado é o particular (antítese) – esse interesse só faz sentido porque existe o Estado – representação do universal, assim, a síntese é o retorno para o universal – o interesse privado ou o direito fundamental somente pode ser reconhecido, se for universal.

De acordo com essa racionalidade, tendo a supremacia como tese e o interesse privado ou um direito fundamental como antítese, a síntese será o caso concreto.

Se no caso concreto de confronto entre o interesse público e um direito fundamental houver a prevalência deste, prevalecerá segundo e tão somente em razão da existência da tese – a supremacia do interesse público.

De acordo com esse método, qualquer que seja o resultado de um caso concreto envolvendo oposição de interesses, prevalecerá o interesse público. Se um interesse privado for considerado e protegido o será porque tal proteção é de interesse público. Igualmente, se um direito fundamental for considerado e protegido, assim o será porque é de interesse público. Ao reverso, se um certo interesse privado não foi protegido ou mesmo foi aniquilado, ou, se um determinado direito fundamental não foi protegido ou foi aniquilado,²⁵² é porque não constituíam particularidade do universal e não podiam a ele ser remetidos, o que os

²⁵¹Marcelo Maciel Ramos informa que supressão é “assumir (incorporar) os diversos momentos do processo e elevá-los – superando particularidades – à unidade, à totalidade. A superação das particularidades não significa, todavia, supressão ou exclusão das mesmas. Em Hegel a contradição é incorporada, é vista como parte integrante do movimento do ser, e não como negação de sua essência, como em Parmênides” (RAMOS, Marcelo Maciel. A liberdade no pensamento de Hegel. In: _____. **Hegel: liberdade e estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 149).

²⁵²Expressar a possibilidade de aniquilamento de direito fundamental pode soar autoritário e ilegítimo. Contudo, lembre-se que a aniquilação de direitos fundamentais é uma realidade constitucional, como por exemplo, o caso da desapropriação.

descaracterizou como direitos a serem tutelados na relação jurídico-material específica.²⁵³

Há outro aspecto fundamental a ser defendido. O de que os direitos fundamentais sequer constituem uma categoria jurídica autônoma e independente em relação ao interesse público.

As análises anteriormente feitas quanto ao conteúdo jurídico e sociológico do interesse público, a partir de seu caráter constituinte da sociedade organizada, bem como o papel e o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais ao longo do processo histórico podem levar à conclusão no sentido de que não se tratam de conceitos que possam ser ora coincidentes e ora opostos. Pode-se deduzir do processo histórico de formação, tanto da noção contemporânea de interesse público, como da contemporânea concepção dos direitos fundamentais, especialmente os ditos direitos fundamentais de solidariedade e de fraternidade, que não se tratam de gêneros diferentes, mas de espécies de gênero.

Os direitos fundamentais, nessa linha, são espécie do gênero interesse público, de maior amplitude, a envolver outros direitos e interesses que não são fundamentais, conquanto também sejam públicos.

Desta feita, defender a supremacia do interesse público como um princípio implica defender um princípio para defender, proteger e realizar os direitos fundamentais.

Diante de uma situação em concreto, na qual haja interesse público (que tenha adequação constitucional e esteja motivado) que deva se sobrepor a um direito fundamental, o direito fundamental não desaparece, segundo a racionalidade dialética, ocorrendo tão somente a suprassunção, no sentido de superar as particularidades e elevação à totalidade universalizante.

A aplicação da racionalidade proposta para defender a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e para defender que tal princípio é instrumento de proteção de direitos fundamentais parte de um pressuposto: existência de duas categorias de interesses privados.

²⁵³Defender a supremacia do interesse público na perspectiva dialética do universal não equivale a defender um Estado totalitário. No Estado totalitário não há espaço universal legítimo, constituído democraticamente sob bases valorativas universais a lhe dar sustentação. Assim, deve-se considerar que a racionalidade defendida somente tem aplicação em relação ao Estado constituído e mantido sob parâmetros universais legítimos.

A primeira categoria é a dos interesses privados que não ingressaram no universo do interesse público. Esses interesses se podem ser denominados de privados em sentido estrito e são de titularidade de particulares que não adentraram na categoria de direitos. O interesse surge como expressão da vontade humana direcionada à satisfação de um desejo ou de uma necessidade efetiva. O mero interesse, como anteriormente visto, não é oponível juridicamente, por si só. Para que o interesse seja oponível perante terceiro é necessário que tenha havido o reconhecimento pela sociedade organizada de que o interesse deve ser protegido e respeitado. Sem esse reconhecimento falta ao interesse a legitimidade, é um mero espectro de direito.

O Estado apenas reconhece o interesse privado universal, vale dizer, nas facetas em que pode ser estendido e reconhecido como direito para todas as pessoas em igual situação jurídica. O interesse que não é universalizável é um privilégio, e o Estado não pode reconhecer e transformar validamente um privilégio em direito. Ao reverso, na sociedade civil sem a ação do Estado pode haver privilégios instituídos por critérios não universais, inclusive pelo uso da força bruta.

A sociedade civil transferiu para o Estado a estabilização dos conflitos de interesses objetivando que toda a ação estatal tenha uma finalidade universal. Sob esse ângulo, é de se afirmar que somente os interesses reconhecidos pelo Estado como universais – por delegação da sociedade civil – podem se transformar em direito.

Portanto, os interesses que não são universais e não se metamorfosearam em direito sempre devem ceder ao interesse público, vez que, este sim, é direito legítimo e que aqueles não gozam de qualquer proteção estatal.

A outra categoria de interesses ditos privados é a dos universalizáveis reconhecidos pelo Estado como direitos. Tratam-se daqueles que o Estado assumiu proteger e zelar e o fez partindo da sua transmutação em direitos.

O interesse privado que foi absorvido pela universalidade estatal ao ser transformado em direito deixa de ser interesse meramente privado para integrar como espécie o gênero do interesse público.

É possível, tendo em conta teorias do Estado e sua evolução histórico-política, como anteriormente visto, a identificação de um ponto de convergência: realização concreta de uma forma de conciliar interesses privados.

Já da teoria contratualista hobbesiana se depreende que o fundamento da criação do Estado é a existência de interesses divergentes e conflitantes na vida social não passíveis de resolução no âmbito estrito da sociedade civil. A alegoria da guerra de todos contra todos é a representação da impossibilidade de solução dos conflitos sem a intervenção de uma entidade que se sobreponha à sociedade civil e, em relação a ela, tenha preeminência.

Axel Honneth bem expressa essa posição ao lembrar que

Hobbes utiliza a construção teórica desse estado no sentido de uma fundamentação filosófica da própria construção da soberania do Estado: as consequências negativas manifestas da situação duradoura de uma luta entre os homens, o temor permanente e a desconfiança recíproca devem mostrar que só a submissão, regulada por um contrato, de todos os sujeitos a um poder soberano pode ser o resultado de uma ponderação de interesses, racional com respeito afins, por parte de cada um. Na teoria de Hobbes, o contrato social só encontra sua justificação decisiva no fato de unicamente ele ser capaz de dar um fim à guerra ininterrupta de todos contra todos, que os sujeitos conduzem pela autoconservação individual.²⁵⁴

Igualmente, sobre a teoria hegeliana de formação do Estado, anota Honneth que “a natureza do homem é representada como uma coleção de disposições egocêntricas ou, como diz Hegel, aéticas, que o sujeito primeiro tem que reprimir em si antes de poder tomar atitudes éticas, isto é, que fomentam a comunidade”.²⁵⁵

A superação desse estado aético possibilitaria a formação do que Hegel denomina de totalidade ética.

Totalidade ética é um conceito que engloba a unidade viva da liberdade universal e individual. Considera a vida pública não como mero resultado de uma restrição recíproca dos espaços privados da liberdade. Ao reverso, a vida pública seria a possibilidade de realização da liberdade de todos os indivíduos em particular, com a integração da liberdade geral e individual. Estaria então incluída na organização institucional do que denominou de eticidade absoluta, uma esfera definida como um sistema de propriedade e direito. Hegel, nessa linha, afirma que até mesmo as atividades mediadas pelo mercado e os interesses dos indivíduos particulares seriam uma zona realmente negativa, mas ainda assim constitutiva do

²⁵⁴ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003. p. 35.

²⁵⁵ Ibid., p. 39.

todo ético. No contexto de totalidade ética, a formação de uma organização social encontraria sua coesão ética no reconhecimento solidário da liberdade individual de todos os cidadãos.²⁵⁶

No sistema de eticidade de Hegel a solidariedade tem papel decisivo para formação e manutenção da sociedade organizada no Estado. Ao reinterpretar o modelo de luta originária de todos contra todos o autor explica que

Se os sujeitos precisam abandonar e superar as relações éticas nas quais eles se encontram originariamente, visto que não veem plenamente reconhecida sua identidade particular, então a luta que procede daí não pode ser um confronto pela pura autoconservação de seu ser físico; antes, o conflito prático que se acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana.²⁵⁷

Para Hobbes a criação do Estado objetiva retirar da esfera privada, da sociedade civil, portanto, a busca individual pela satisfação de interesses privados, que redundaria na guerra de todos contra todos. Hegel retoma em outros moldes a formulação para afirmar que o Estado equivale a uma totalidade ética, que objetiva universalização de interesses privados, com vistas ao reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana. O ponto comum em ambas as formulações é a existência de interesses individuais privados que, se perseguidos em caráter privado, produziriam a inviabilidade de convivência humana em sociedade e a necessidade consequente de atribuir a determinados interesses privados um caráter universal e designar sua proteção e persecução a uma entidade supraindividual.

Esses interesses privados integrados na universalidade estatal passam a constituir eles também interesses públicos. Passam a integrar como espécie o gênero interesse público.

Na concepção contemporânea ocidental de Estado, titular das funções legislativas – produzir as normas de conduta universais –, a função jurisdicional – solucionar os conflitos intersubjetivos –, e a função administrativa – executar as normas e os atos de gestão voltados ao interesse público –; a universalização

²⁵⁶HONNETH, 2003, p. 41.

²⁵⁷Ibid., p. 48.

estatal dos interesses privados se dá inequivocamente por intermédio do exercício da função legislativa. É no conjunto de normas (regras e princípios) que constituem o ordenamento jurídico que se identifica o interesse que passou à categoria de direito. O direito subjetivo, por seu turno, dá origem à pretensão, e esta, se não satisfeita voluntariamente por quem é obrigado a fazê-lo, possibilita a evocação de outra função estatal, a função jurisdicional com vistas ao seu atendimento.

A elevação de um interesse privado à condição de direito por intermédio de uma lei ou da Constituição, redundando em sua universalização, traz como consequência o dever estatal de sua proteção ou manutenção. Isso não se dá porque o Estado está a proteger interesse privado, mas porque está a tutelar uma categoria específica do interesse público. É de interesse público a tutela de interesses privados que se converteram em direito exatamente porque a negação da autotutela é um dos elementos fundantes da vida em sociedade e uma das condições para a sua manutenção.

Uma categoria de interesses privados assimilados pela universalidade estatal dotada de maior especificidade é a categoria dos direitos fundamentais. Como adrede tratado, os direitos fundamentais surgem inicialmente e são titularizados pelas pessoas com vistas à proteção contra a influência e a ação do poder do Estado.

A vida comunitária sob a forma estatal teve como efeito concreto a redução da esfera jurídica das pessoas. Sob uma perspectiva inicial a ampliação do poder estatal implicou a redução ou a limitação da liberdade individual – a essa posição se contrapôs Hegel, que, como visto, sustentou que a liberdade privada somente poderia existir numa comunidade estatal.

O fato é que parece haver consenso quanto à origem dos direitos fundamentais. O consenso se dá no sentido de que há necessidade de preservação da liberdade subjetiva por intermédio de um núcleo básico de direitos intangíveis por parte do Estado. Esses direitos devem ser preservados a qualquer custo, sob pena de extinção de uma das principais características e dimensões da pessoa humana: a sua individualidade, que confere a alguém os atributos que a diferem das demais pessoas, constituindo a indispensável diversidade humana.

Os ditos direitos fundamentais de primeira dimensão, quais sejam, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, e a igualdade, parecem se adequar com precisão a esta formulação liberal. A ideia é a de que esses direitos têm *status*

negativo, orientados a coibir e a limitar a ação desmedida do Estado. Referidos direitos constituem as pessoas numa situação jurídica protegida, um espaço jurídico e material imune à ação do Estado. A expressão primeira desse conjunto de direitos foi a proteção às liberdades individuais. Ao referirem-se a esse período de definição de direitos fundamentais com a constitucionalização e instituição do Estado de Direito na França pós-revolução, Emerson Gabardo e Daniel Hachem anotam que um traço importante do período foi a valorização excessiva da lei, na expectativa de que nela estava a vinculação com a vontade geral

Como as leis eram elaboradas pelo corpo unitário da nação, e como os representantes do povo jamais criariam normas atentatórias contra as liberdades individuais, logo seriam sempre justas, pois refletiriam a vontade do povo, garantindo sua felicidade e assegurando que o exercício do poder político pelo Executivo se desse sempre de forma limitada.²⁵⁸

Para os referidos autores, a subjugação do Estado à lei determinava “uma posição abstencionista ao Estado, era a salvaguarda do interesse burguês de impedir as interferências do Poder Público nas relações jurídicas interprivadas e nas esferas jurídicas individuais”²⁵⁹.

Esse núcleo original protetivo contra a ação estatal, por paradoxal que seja a constatação, não se sustenta e não faz sentido fora do Estado. O direito à vida, à liberdade, à propriedade ou à igualdade somente passaram a existir porque foram integrados à universalidade estatal. Rememore-se que fora do Estado predomina guerra de todos contra todos, ou a convivência aética – a depender da ótica, se hobbesiana ou se hegeliana. E, distante do Estado de Direito, predominam interesses que não correspondem necessariamente à vontade geral da sociedade.

Os direitos fundamentais, como dito, têm característica de mutabilidade e de adequabilidade à dinâmica social. Em razão disso, pode-se cogitar que os direitos fundamentais de primeira dimensão não tiveram ao longo do tempo mantido o seu fundamento de validade original. Avalie-se que a liberdade dos modernos não equivale à liberdade dos contemporâneos, nem o direito de propriedade tem na

²⁵⁸GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo. In: _____. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

²⁵⁹GABARDO; HACHEM, 2010, p. 29.

contemporaneidade o caráter absoluto que já teve – sob qualquer viés parece verdadeira a assertiva de que somente há direitos fundamentais de liberdade, igualdade, de propriedade ou à vida no Estado e não apenas oponíveis contra o Estado.

Nessa linha de raciocínio tome-se como exemplo o direito à vida. O risco maior de violação desse direito fundamental não tem origem no Estado. Em situação de normalidade institucional a perspectiva de dano à vida pelo Estado é remotíssima e excepcional. O aparelho estatal é direcionado, em condições de normalidade democrática, à proteção da vida humana, seja por intermédio de ações sociais e de saúde, seja por intermédio da ação de polícia zelando para coibir condutas violentas que possam por risco à vida.

Os interesses privados mais elementares universalizados e alçados à categoria de direitos fundamentais de primeira dimensão passaram a integrar o universo dos interesses públicos. Mesmo a não intervenção estatal exigida para efetivação, em alguns casos, do direito de liberdade, pode ser considerada uma abstenção, e assim, uma manifestação de interesse público.

Se é possível identificar nos direitos fundamentais de primeira dimensão um interesse público, a tarefa se mostra mais fácil quando se cogita dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

A liberdade sem intervenção estatal – *status* negativo do direito fundamental de liberdade – produziu impactos deletérios nas relações de trabalho. A sociedade, ou ao menos a parte que se sentia prejudicada por uma liberdade que somente favorecia uma determinada classe social, passou a demandar do Estado uma posição ativa.

Assim, aqueles direitos fundamentais com *status* negativo, que preconizavam uma abstenção estatal em favor da liberdade subjetiva, passaram a ser insuficientes para diversos aspectos da dinâmica social.

Surge o clamor por uma intervenção estatal para propiciar a denominada liberdade por intermédio do Estado, não mais por liberdade perante o Estado.

Passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais aqueles com *status* positivo, objetivando a universalização dos benefícios da vida em sociedade: direitos voltados a garantir prestações sociais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, liberdade de sindicalização, greve, férias, salário-mínimo, entre outros. Não se há sequer de cogitar no caso dos direitos fundamentais de segunda dimensão, de

abstenção estatal. Trata-se de direitos e garantias que dependem fundamentalmente do Estado para serem efetivados. Mais do que interesses privados que foram universalizados no Estado, demandam dele atuação proativa para serem realizados. Parece inegável, pois, que os direitos fundamentais de segunda dimensão integram a categoria do interesse público.

Com mais vigor os direitos fundamentais de terceira dimensão se circunscrevem na categoria do interesse público, pois direcionam-se à proteção de grupos humanos – família, povo, nação, o próprio gênero humano –, caracterizando-se como direitos coletivos ou difusos. São direitos como paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente, qualidade de vida, preservação do patrimônio histórico, do patrimônio cultural ou o direito de comunicação.

A titularidade dos direitos de terceira dimensão é coletiva. São direitos com implicação universal, no dizer de Ingo Sarlet.²⁶⁰ São direitos que têm por fundamento solidariedade e fraternidade.

Enquanto na origem dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão está um interesse privado individual ou de grupos determinados, note-se que o traço original dos direitos fundamentais de terceira dimensão é um interesse coletivo. O interesse coletivo é a força motriz para a universalização de tal interesse no Estado, transformando-o em direito.

O interesse público é integrado pelos interesses privados elevados à condição de direitos, e pelos interesses privados ou coletivos alçados à condição de direitos fundamentais. Não se limita, contudo, a essa composição. No gênero interesse público estão contidas também as espécies interesse do Estado (os denominados interesses secundários, na acepção de Renato Alessi), as prerrogativas do Estado e as atribuições do Estado atinentes às funções legislativa, jurisdicional e administrativa.

Tais espécies de interesse somente se justificam e legitimam se entendidas como de interesse público.

Avalie-se a categoria de interesses denominados de interesses secundários. Não são interesses privados ou coletivos universalizados no Estado na forma de direitos ou de direitos fundamentais. Sequer se pode afirmar que constituem direitos.

²⁶⁰ SARLET, 2007, p. 58.

São interesses da pessoa política que devem ser satisfeitos de modo a tornar viável a existência e a manutenção material e jurídica do Estado.

Refira-se ainda a outra categoria jurídica que integra como espécie o gênero do interesse público: relativa às funções estatais. A produção legislativa, a solução de conflitos e a administração da coisa pública são parte integrante e constitutiva do interesse público. Evidente que, sob determinado ângulo, têm caráter instrumental para a efetivação ou a proteção do interesse público, mas certamente são parte integrante dele.

Torna-se possível, por essa racionalidade, defender que inexistem possibilidade de uma atuação do Estado que não esteja direcionada à satisfação de um interesse público. Se o Estado ao atuar o faz na persecução de um interesse público, e se o interesse público nada mais é do que um conjunto de interesses universalizados no e pelo Estado, alguns inclusive sob a forma adjetivada de direitos, parece perfeitamente aceitável deduzir do sistema um princípio da supremacia do interesse público.

É perfeitamente plausível, na ótica defendida, que um determinado interesse privado ou coletivo, universalizado no Estado e elevado à categoria de direito ou de direito fundamental deva ou possa ser relevado ou mesmo abolido com vistas à preservação da integridade do gênero interesse público. Quando um interesse privado ou coletivo universalizado no Estado é integrante da categoria do interesse público deve ceder ou ser aniquilado é porque no aspecto particular, na sua singularidade, no caso concreto, deixou de ser de interesse público.

Além das categorias de interesse público referidas, é possível deduzir da Constituição de 1988 uma especial dimensão dele: o interesse público das gerações futuras, sobre o qual se discorrerá a seguir.

6.3 INTERESSE PÚBLICO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UMA DIMENSÃO DE COMPROMISSO COM A SUSTENTABILIDADE NA SUA VERTENTE AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO

Estabelecer a identidade em concreto do interesse público para o fim de indagar sobre a legitimidade e a validade de uma determinada conduta estatal pressupõe a fixação de um referencial metodológico.

Os múltiplos fatores que constituem uma sociedade e o seu caráter multifacetado implicam a coexistência de realidades complexas, geratrizes de direitos subjetivos privados e públicos por vezes antagônicos e conflitantes que demandam proteção jurídica em regime isonômico.

A indeterminação do conceito de interesse público demanda do intérprete a fixação de um referencial objetivo, orientado a descobrir qual a acepção mais adequada ao sistema constitucional. Há referencial objetivo dedutível diretamente da Constituição para a caracterização do interesse público como dever do Estado para com o interesse das gerações futuras na perspectiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal contempla norma princípio expressa ao dispor no artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Essa norma-princípio, na dimensão de direito de cunho ambiental, insere-se na categoria de direitos fundamentais a prestações do Estado, como sustentado por Canotilho, “os poderes públicos têm uma significativa quota de responsabilidade no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhe por à disposição dos cidadãos prestações de várias espécies [...]”²⁶¹. Trata-se de noção jurídica que integra categoria dos direitos originários a prestações, a condutas comissivas, e, por vezes omissivas por parte do Estado. Comissivas quando a busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado demandar prestação positiva e, por óbvio, omissiva quando ao reverso, tal objetivo demandar um *non facere* estatal.

²⁶¹CANOTILHO, 1993, p. 341-342.

O texto constitucional, no artigo 225, incorpora a noção de sustentabilidade, a partir do conhecido conceito de desenvolvimento sustentável apresentado no Relatório Brundtland:²⁶² “é desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem as suas próprias necessidades”.

A norma constitucional contém o denominado princípio da sustentabilidade, consoante alerta Juarez Freitas, para quem a sustentabilidade é dever fundamental de vivenciar e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, abrangendo também os componentes éticos, sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos, configurando o denominado direito fundamental à sustentabilidade multidimensional.²⁶³

O conceito proposto pelo autor para sustentabilidade demonstra claramente tal aspecto multidimensional e sua transversalidade imanente:

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação estatal, como eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.²⁶⁴

A sustentabilidade é noção multidimensional. Para os fins desta análise, faz-se necessária uma opção metodológica orientada a restringir o objeto da investigação. Com vistas a investigar a existência de uma dimensão do interesse público vinculada à sustentabilidade, far-se-á referência tão somente à dimensão ambiental da sustentabilidade.

²⁶²O relatório Brundtland (que levou o nome de uma das presidentes da comissão) foi o resultado de trabalho desenvolvido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU em 1987, que partiu de uma visão complexa das causas dos problemas socioeconômicos e ecológicos globais, sugerindo uma série de medidas a ser adotadas no nível do Estado nacional em prol da conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação e conservação dos recursos naturais e do meio ambiente (BRUSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis. (Org.). **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 1995. p. 33).

²⁶³FREITAS, 2011, p. 40.

²⁶⁴FREITAS, loc. cit.

Os elementos estruturais que conferem identidade própria ao princípio da sustentabilidade têm natureza teleológica, dirigidos a uma finalidade bidimensional, pois a efetivação do princípio pressupõe a adoção de condutas comissivas ou omissivas por parte do Estado voltadas à garantia de um meio ambiente equilibrado que possa garantir as necessidades (i) presentes e (ii) das gerações futuras.

Nesse passo é preciso encontrar sob bases científicas uma elucidação racional e constitucionalmente ajustada para concluir pela existência de uma outorga constitucional para que o Estado persiga a sustentabilidade ambiental, eleita neste estudo como um elemento estrutural e funcional do interesse público.

Uma explicação possível pode ser encontrada a partir da noção de eticidade hegeliana, avançando para apresentar a sustentabilidade ambiental como noção legitimadora da ação estatal sob o argumento do interesse público na perspectiva da teoria do reconhecimento.

Axel Honneth informa que J. G. Fichte, no seu escrito sobre o Fundamento do Direito Natural, concebeu o reconhecimento como

uma ação recíproca entre indivíduos, subjacente à relação jurídica, sendo que, no apelo recíproco à ação livre e na limitação simultânea da própria esfera de ação a favor do outro, constitui-se entre os sujeitos a consciência comum, que depois alcança validade objetiva na relação jurídica.²⁶⁵

Informa Honneth que a noção do reconhecimento foi aperfeiçoada e aplicada por Hegel sobre “as distintas formas de ação recíproca entre os indivíduos”, projetando o processo intersubjetivo de reconhecimento mútuo para dentro das formas comunicativas de vida. Lembra o autor que as relações éticas de uma sociedade, para Hegel, passam a representar “formas de uma intersubjetividade prática na qual o vínculo complementar e, com isso, a comunidade necessária dos sujeitos contrapondo-se entre si é assegurada por um movimento de reconhecimento” na medida em que se sabe reconhecido por um outro sujeito em algumas de suas capacidades e propriedades e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua identidade

²⁶⁵ HONNETH, 2003, p. 46.

inconfundível e, desse modo, estará contraposto ao outro novamente como um particular.²⁶⁶

Honneth expõe que Hegel, fundado na teoria do reconhecimento, dá interpretação diversa à guerra de todos contra todos, base hobbesiana da construção do Estado. Haveria, para Hegel, formas elementares de reconhecimento inter-humano – eticidade natural – cuja violação por diversas formas de luta conduziria a um estado de integração social – uma relação orgânica de pura eticidade. A primeira etapa de reconhecimento se dá no âmbito da relação entre pais e filhos, pela qual os sujeitos se reconhecem reciprocamente como seres amantes, emocionalmente carentes, e o elemento da personalidade individual que encontra reconhecimento por parte do outro é o sentimento prático de dependência do indivíduo relativamente a dedicações e bens necessários para a vida. A essa etapa se seguiriam as relações de troca entre proprietários reguladas por contrato: as relações práticas que o indivíduo mantinha com o mundo na primeira etapa são transformadas em pretensões de direitos universais, contratualmente garantidas. Os sujeitos se reconhecem mutuamente como portadores de pretensões legítimas, relacionam-se como pessoas a quem é conferido o direito formal de reagir ou não às transações ofertadas. Com o estabelecimento das relações jurídicas é criado um estado social, com base numa eticidade natural propiciadora do reconhecimento recíproco, em harmoniosa relação intersubjetiva. A quebra da harmonia intersubjetiva seria produzida pela violação da forma universal do reconhecimento – pelo cometimento de crime, obrigando à defesa recíproca e gerando estado de luta²⁶⁷. Essa violação produziria a destruição das estruturas sociais do reconhecimento elementar, mas possibilitaria a criação de relações éticas mais maduras, apta a gerar uma comunidade de cidadãos livres assumindo pela superação desses conflitos a condição de membro de um todo. Desta forma, a destruição das formas jurídicas de reconhecimento original pelo conflito social permite desenvolver nos sujeitos a “disposição de reconhecer-se mutuamente como pessoas dependentes umas das outras, e ao mesmo tempo, integralmente individuadas”²⁶⁸. Estaria constituída a partir daí uma terceira etapa da interação social, produtora de uma eticidade absoluta na qual “o fundamento intersubjetivo de

²⁶⁶HONNETH, 2003, p. 47.

²⁶⁷Ibid., p. 53.

²⁶⁸Ibid., p. 58.

uma coletividade futura” é uma relação específica entre os sujeitos numa categoria de intuição recíproca onde o “indivíduo se intui em cada um como a si mesmo”²⁶⁹. São as três formas de reconhecimento propostas por Hegel:

Na relação afetiva de reconhecimento da família, o indivíduo é reconhecido como ser carente concreto, na relação cognitivo-formal de reconhecimento do direito, como pessoa de direito abstrata, e finalmente, na relação de reconhecimento do Estado, esclarecida no plano emotivo, como universal concreto, isto é, como sujeito socializado em sua unicidade.²⁷⁰

O modelo da luta por reconhecimento, na virada para a filosofia da consciência, passa a ter versão distinta. Hegel substitui a ideia original da constituição de coletividade como processo de desdobramento conflituoso de estruturas elementares de uma eticidade original e natural passando a entendê-la como

um processo de formação do espírito [...] esse processo se efetua através da série de mediações próprias dos meios de linguagem, instrumento e bem familiar, por cujo emprego a consciência aprende a conceber-se pouco a pouco como uma unidade imediata de singularidade e universalidade²⁷¹

Assim, o reconhecimento passa a ser considerado como o “passo cognitivo que uma consciência já constituída idealmente em totalidade efetua no momento em que ela se reconhece como a si mesma em uma outra totalidade, em uma outra consciência”.²⁷² O que se observa é que, em Hegel, a luta por reconhecimento é concebida como um “processo social que leva a um aumento de comunitarização, no sentido de um descentramento das formas individuais de consciência”²⁷³.

A base da formação social hegeliana parte de um reconhecimento recíproco original. Como acentua Honneth, o ponto de partida dessa teoria da sociedade se dá na perspectiva de que

²⁶⁹HONNETH, 2003, p. 58.

²⁷⁰Ibid., p. 60.

²⁷¹Ibid., p. 63

²⁷²HONNETH, loc. cit.

²⁷³Ibid., p. 64.

a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais.²⁷⁴

A partir da teoria do reconhecimento de Hegel, com apoio na teoria social de George Herbert Mead, Honneth admite como plausível subdividir a vida social em três esferas de interação ou padrões de reconhecimento intersubjetivo: amor, direito e solidariedade. O amor é a primeira etapa do reconhecimento recíproco porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes. O amor consistiria num “ser-si-mesmo em um outro”²⁷⁵, e a importância do amor como base para a participação autônoma na vida pública é apontada por Honneth

Toda relação amorosa, seja aquela entre pais e filho, a amizade ou o contato íntimo, está ligada, por isso, à condição de simpatia ou atração, o que não está à disposição do indivíduo; como os sentimentos positivos para com outros seres humanos são sensações involuntárias, ela não se aplica indiferentemente a um número maior de parceiros de interação, para além do círculo social das relações primárias. Contudo, embora seja inerente ao amor um elemento necessário de particularismo moral, Hegel fez bem em supor nele o cerne estrutural de toda a eticidade: só aquela ligação simbioticamente alimentada, que surge da delimitação reciprocamente querida, cria a medida da autoconfiança individual, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública²⁷⁶.

O estabelecimento saudável de relações intersubjetivas íntimas, lastreadas no carinho e no afeto mútuo, constituiria um elemento fundamental na constituição da individualidade e do autorrespeito, indispensáveis para as demais etapas do reconhecimento. Ao reverso, a ausência de relações afetivas amorosas retiraria do indivíduo um dos elementos necessários no processo de evolução e de manutenção da sociedade.

²⁷⁴HONNETH, 2003, p. 155.

²⁷⁵Ibid., p. 160.

²⁷⁶Ibid., p. 178.

A insuficiência de autorrespeito e de autoestima decorrente de uma deficiência no processo de reconhecimento na dimensão do amor, das relações afetivas, implicaria a dificuldade ou mesmo a inviabilidade da construção efetiva de relações intersubjetivas no âmbito das dimensões do direito e da solidariedade.

A segunda forma ou etapa do reconhecimento se dá no âmbito das relações jurídicas e do direito como mecanismo de reconhecimento recíproco. Aponta Honneth que tanto Hegel quanto Mead chegaram a ponto comum quando concluíram que só seria possível atingir uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro:

apenas da perspectiva normativa de um outro generalizado, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões.²⁷⁷

A relação jurídica para Hegel e para Mead, na leitura de Honneth, é uma forma de reconhecimento recíproco, o que deduz a partir de formulações como aquela feita por Hegel, no sentido de que

no Estado, [...] o homem é reconhecido e tratado como ser racional, como livre, como pessoa; e o singular, por sua parte, torna-se digno desse reconhecimento porque ele, com a superação da naturalidade de sua autoconsciência, obedece a um universal, à vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, porta-se em relação aos outros de uma maneira universalmente válida, reconhece-os como o que ele próprio que valer – como livre, como pessoa.²⁷⁸

No núcleo da questão acerca do reconhecimento na dimensão do direito está a ideia do respeito para com outras pessoas. Honneth afirma existirem dois aspectos semânticos do termo respeito: o reconhecimento jurídico e a estima social.

²⁷⁷ HONNETH, 2003, p. 179.

²⁷⁸ HEGEL apud HONNETH, loc. cit.

O respeito, no contexto de reconhecimento jurídico, teria aplicação em relação ao direito, e no contexto de estima social, como forma de reconhecimento da comunidade de valores. Apoiado em Ihering, Honneth pondera que no reconhecimento jurídico se expressa que todo ser humano deve ser considerado, sem distinção, e no respeito social se salienta o valor de um indivíduo, medido por critérios de relevância social. O reconhecimento jurídico de um ser humano como pessoa não tolera nenhuma medida e deve se efetivar por si só.²⁷⁹

O reconhecimento de um acordo racional entre indivíduos em igualdade de condições, fundado na assunção da imputabilidade moral de todos os membros da sociedade produz uma ampliação cumulativa de pretensões jurídicas individuais, que é um processo “em que a extensão das propriedades universais de uma pessoa moralmente imputável foi aumentando passo a passo, visto que, sob a pressão de uma luta por reconhecimento, devem ser sempre adicionados novos pressupostos para a participação na formação racional da vontade”, numa busca permanente por igualdade material de chances.²⁸⁰

A busca por reconhecimento do direito de igualdade em favor dos excluídos, econômica, política ou socialmente, que proporcionou um nivelamento ou ao menos a tentativa de um nivelamento histórico das diferenças sociais de classe, é parte de um processo de ampliação de direitos individuais fundamentais.²⁸¹

Ditos direitos surgem de demandas orientadas à satisfação de um conjunto de pretensões jurídicas, tradicionalmente reputados como sendo repartidos em três classes (os direitos liberais de liberdade, os direitos políticos de participação e os direitos sociais de bem-estar)²⁸², e mais hodiernamente integrado também pelos direitos de solidariedade.

Com efeito, pode-se nessa ótica dizer que a estrutura dos direitos fundamentais se funda, num certo sentido, na busca da igualdade de tratamento, de oportunidades e igualdade de acesso às riquezas.

Honneth considera a institucionalização dos direitos civis de liberdade como uma etapa importante no processo de formação do reconhecimento jurídico. Ressalta que o indivíduo não precisa somente

²⁷⁹HONNETH, 2003, p. 184.

²⁸⁰Ibid., p. 189.

²⁸¹Ibid., p. 190.

²⁸²Ibid., p. 191.

da proteção jurídica contra interferências em sua esfera de liberdade, mas também da possibilidade juridicamente assegurada de participação no processo público de formação da vontade, da qual ele faz uso, porém, somente quando lhe compete ao mesmo tempo um certo nível de vida.²⁸³

Assim, “um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso”²⁸⁴.

A ampliação dos direitos individuais fundamentais obtida na luta por reconhecimento jurídico, por intermédio de luta social, foi um aspecto apenas do processo: o princípio de igualdade do direito moderno teve por consequência que o *status* de uma pessoa de direito foi ampliado no aspecto objetivo, mas também no aspecto social, tendo sido transmitido para um número sempre crescente de membros da sociedade. No primeiro caso, as diferenças de chances individuais de realização das liberdades socialmente garantidas encontram uma consideração jurídica, e no aspecto social, a relação jurídica é universalizada no sentido de que são adjudicados a um número crescente de grupos, até então excluídos ou desfavorecidos, os mesmos direitos que todos os demais membros da sociedade. Como as relações jurídicas modernas contêm essas duas possibilidades evolutivas, afirma Honneth que Hegel e Mead

estão convencidos de que há um seguimento da luta por reconhecimento no interior da esfera jurídica, portanto, os confrontos práticos que se seguem por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material como do alcance social do *status* de uma pessoa de direito.²⁸⁵

No âmbito do reconhecimento jurídico possuir direitos individuais significa admitir pretensões aceitas, pois dotam o sujeito individual com a possibilidade de uma atividade legítima.²⁸⁶

²⁸³HONNETH, 2003, p. 193.

²⁸⁴HONNETH, loc. cit.

²⁸⁵Ibid., p. 193-194.

²⁸⁶Ibid., p. 197.

Como sustenta Honneth,

É o caráter público que os direitos possuem, porque autorizam seu portador a uma ação perceptível aos parceiros de interação, o que lhes confere a força de possibilitar a constituição de autorrespeito; pois, com a atividade facultativa de reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável [...]

Um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesma desse modo é o que podemos chamar de “autorrespeito”²⁸⁷.

Ao fazer referência sobre o desenvolvimento da terceira dimensão do reconhecimento, Honneth observa que a burguesia, no limiar da modernidade, começa a travar uma luta contra as concepções feudais e aristocráticas da honra. Essa classe social passa a defender que a reputação social de uma pessoa (os aspectos e razões pelos quais o indivíduo era reconhecido e tinha sua condição jurídica e pessoal protegida socialmente) não se deveria medir por um valor previamente determinado de propriedades atribuídas a grupos inteiros, tipificando-os. Os princípios de honra vinculados aos estamentos migram para uma relação jurídica reformada, alcançando validade universal com o conceito de dignidade humana, passando tal aspecto a integrar os catálogos modernos de direitos fundamentais para proteger e garantir a todos os homens em igual medida uma proteção jurídica de sua reputação social. O conceito de honra então vai se alargando para tornar-se prestígio social. O lugar que o conceito de honra ocupava em sociedade vai sendo preenchido pelas categorias de prestígio e de reputação.²⁸⁸

Esse novo padrão de reconhecimento somente se dá, contudo, na estreita camada de valor de uma pessoa que restou do processo de transformação da honra em dignidade. Assim, prestígio ou reputação passam a se referir ao grau de reconhecimento social que o indivíduo merece para a sua autorrealização.²⁸⁹

²⁸⁷ HONNETH, 2003, p. 197.

²⁸⁸ Ibid., p. 204-206.

²⁸⁹ HONNETH, loc. cit.

Como um traço característico dessa etapa de formação de tal grau de reconhecimento cada grupo social pretende elevar o valor das capacidades associadas à sua forma de vida a outro patamar. O objetivo era o de obter proteção e garantia social da esfera pública que, ao admitir a importância das capacidades e das propriedades representadas por eles de modo coletivo elevasse a reputação de seus membros. Essa forma de reconhecimento social faz os indivíduos chegarem a sentimento de orgulho do grupo ou de honra coletiva, pois o indivíduo se posta como membro de um grupo social que está em condições de realizações comuns, e cujo valor é reconhecido por todos os demais membros.²⁹⁰

Honneth expõe ainda que nas relações internas desses grupos as formas de interação assumem o caráter de relações solidárias a partir da premissa de que cada membro do grupo se sabe estimado por todos os outros na mesma medida. Entende-se solidariedade como “uma espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica”²⁹¹ pela qual cada um aprende a reconhecer em igual medida o significado das propriedades e capacidades do outro. As relações solidárias fazem as propriedades e as capacidades do outro aparecerem como significativas para a prática social comum, na perspectiva de que “só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis”. Em sendo simétricas as relações, “todo o sujeito recebe a chance, sem graduações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade”²⁹².

A integridade do ser humano se deve a padrões de assentimento ou reconhecimento, pelo que, categorias morais como ofensa ou rebaixamento constituem formas de reconhecimento recusado, havendo um nexo indissolúvel entre incolumidade e integridade dos seres humanos e o assentimento por parte do outro. É do entrelaçamento entre individualização e reconhecimento que resulta a vulnerabilidade particular dos seres humanos identificada com o conceito de desrespeito, e a experiência do desrespeito pode representar o perigo de uma lesão

²⁹⁰HONNETH, 2003, p. 207.

²⁹¹Ibid., p. 209.

²⁹²Ibid., p. 211.

capaz de destruir a identidade da pessoa inteira.²⁹³ Assim, a experiência do desrespeito indica a denegação ou a privação do reconhecimento. Honneth aduz que a primeira forma de desrespeito consiste na experiência de maus-tratos corporais, que destroem a autoconfiança elementar de uma pessoa. A segunda envolve as formas de rebaixamento que afetam o autorrespeito moral, inflingidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior da sociedade, entendendo-se como direitos as pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima em razão de sua condição de igualdade com os demais membros da sociedade. Essa condição implica na perda de autorrespeito ou na perda da capacidade de se referir a si mesmo como “parceiro em pé de igualdade na interação social com todos os próximos”²⁹⁴. O último tipo de rebaixamento ou de negação ao reconhecimento é relativo ao valor social de um grupo ou indivíduo, ou seja, de desrespeito ou depreciação de modos de vida individuais ou coletivos. Se a hierarquia social de valores, pela forma constituída, enseja a degradação de algumas formas de vida ou de modos de crença, reputando-as de menor valor, ou deficientes, ela retira dos atingidos a possibilidade de atribuir um valor social às próprias potencialidades e capacidades, retirando de indivíduos e grupos a possibilidade de encontrar um significado positivo de sua existência no interior da coletividade.²⁹⁵

Honneth equipara as formas de desrespeito ao reconhecimento às enfermidades orgânicas do corpo físico e às enfermidades psicológicas, tamanho prejuízo que produzem naqueles que são objeto delas – aludindo metaforicamente à morte ou à dor física.²⁹⁶

Tal condição social, a de objeto de desrespeito ou de violação do reconhecimento, em qualquer das suas dimensões, produziria uma correspondente luta por reconhecimento. Uma reação daqueles que não têm o devido reconhecimento, em qualquer das três dimensões – amor, direito ou solidariedade –, destinada à recomposição da situação de respeito, ou de reconhecimento. No dizer de Honneth, a experiência do desrespeito pode se tornar o impulso motivacional de uma luta por reconhecimento.

²⁹³HONNETH, 2003, p. 213.

²⁹⁴Ibid., p. 216-217.

²⁹⁵Ibid., p. 217-218.

²⁹⁶Ibid., p. 219.

Conforme preceitua:

Simplesmente porque os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutros às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos do reconhecimento recíproco têm uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida social em geral; pois toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo de resistência política.²⁹⁷

Como visto, uma das dimensões do reconhecimento reside na dimensão da solidariedade, e que a violação do reconhecimento nessa dimensão implica a negação do reconhecimento das produtividades e capacidades de um indivíduo ou de grupos de indivíduos, não se lhe reconhecendo certos direitos ou atribuindo um desvalor a suas legítimas pretensões, condutas ou crenças. A violação do reconhecimento nesta dimensão implica, pois, desrespeito que pode ensejar reação orientada à reconstituição das relações de reconhecimento, o que pode se dar inclusive pela força ou pela violência na persecução do reconhecimento almejado.

Pela concepção hegeliana esposada por Honneth, o desrespeito é fruto da degradação das relações de reconhecimento de direitos recíprocos que também deveriam ser tidos como de titularidade dos indivíduos ou grupos agravados, pela já citada relação de simetria social. E a violação pode se dar em relação à também citada terceira dimensão do reconhecimento, da solidariedade, que pode ter por consequência a luta pela sua recomposição, ou a luta por reconhecimento.

O móvel da luta por reconhecimento é a proteção ou restauração dos interesses universalizados ou universalizáveis no Estado na forma de direitos. Os indivíduos ou grupos sociais agravados pela violação do reconhecimento passam a titularizar um direito em potência de retorno a uma condição de pleno reconhecimento.

A transformação do direito potencial numa luta por reconhecimento, no dizer de Honneth, constitui verdadeira força moral que promove desenvolvimentos e progressos na realidade da vida social do ser humano, ponderando que a

²⁹⁷ HONNETH, 2003, p. 224.

experiência de desrespeito seria a fonte emotiva e cognitiva de resistência social e de levantes coletivos.²⁹⁸ Desta feita, observa-se que a teoria hegeliana apresenta três categorias de reconhecimento – o amor, o direito e a solidariedade –, que, se violadas, produziriam uma condição de desrespeito social respectiva: violação, privação de direitos ou degradação.

Indivíduos ou grupos aos quais é negado o reconhecimento, sob alguma das dimensões, estariam legitimados a adotar a conduta necessária, inclusive modos violentos, para a restauração das relações recíprocas de reconhecimento. Nisso consistiria o fundamento moral dos conflitos sociais, embora reconheça Honneth que

nem todas as formas de resistência (ao desrespeito à condição de reconhecimento) possam remontar à lesão de pretensões morais, é o que já mostram os muitos casos históricos em que foi a pura segurança da sobrevivência econômica que se tornou o motivo do protesto e da rebelião em massa.²⁹⁹

Mesmo em assim considerando, Honneth afirma que

sentimentos de desrespeito formam o cerne de experiências morais, inseridas na estrutura das interações sociais porque os sujeitos humanos se deparam com expectativas de reconhecimento às quais se ligam as condições de sua integridade psíquica; esses sentimentos de injustiça podem levar a ações coletivas, na medida em que são experienciadas por um círculo inteiro de sujeitos como típicos da própria situação social. Os modelos de conflito que começam pelos interesses coletivos são aqueles que atribuem o surgimento e o curso das lutas sociais à tentativa de grupos sociais de conservar ou aumentar seu poder de dispor de determinadas possibilidades de reprodução.³⁰⁰

Os conflitos sociais que começam a partir de sentimentos coletivos de injustiça estão relacionados a experiências morais que os grupos sociais fazem perante a denegação de reconhecimento jurídico ou social, travando lutas

²⁹⁸HONNETH, 2003, p. 227.

²⁹⁹Ibid., p. 260.

³⁰⁰HONNETH, loc. cit.

intersubjetivas de integridade pessoal. Esse é o modelo de conflito social embasado na teoria do reconhecimento.³⁰¹

Para Honneth, de acordo com a teoria,

as lutas e os conflitos históricos, sempre ímpares, só desvelam sua posição na evolução social quando se torna apreensível a função que eles desempenham para o estabelecimento de um progresso moral na dimensão do reconhecimento, quadro no qual os sentimentos morais constituiriam a matéria prima emotiva dos conflitos sociais³⁰².

A vida social de acordo com a teoria do reconhecimento preconiza um estado de eticidade, no qual seriam observadas todas as condições para a autorrealização do homem (indivíduo ou grupos sociais). O homem então poderia referir a si mesmo como sujeito ao experimentar na integralidade as experiências do reconhecimento: na experiência do amor, a possibilidade da autoconfiança; na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito; e na experiência da solidariedade, a da autoestima.³⁰³

A violação do reconhecimento em alguma das dimensões produz violação a esse estado de eticidade formal plena gerado pelo desrespeito ao reconhecimento, uma potencialidade de reação para restauração da condição de reconhecimento.

A tratativa hegeliana e a abordagem de Honneth de acordo com a teoria e com a luta por reconhecimento está fundada na necessidade de uma recomposição da eticidade, partem da premissa de que a violação do reconhecimento alcança indivíduos ou grupos do presente, objetivamente submetidos a uma situação de violação do reconhecimento em alguma de suas dimensões.

É perfeitamente possível cogitar uma luta por reconhecimento da condição moral e jurídica de indivíduos ou de grupos sociais que não tem ainda existência física ou jurídica, quando o desrespeito ao reconhecimento em alguma das dimensões apontadas pode lhes infligir potencial dano moral ou material.

Essa parece ser a condição da categoria de pessoas humanas denominada de gerações futuras, indivíduos ou grupos sociais que ainda não têm existência

³⁰¹ HONNETH, 2003, p. 261.

³⁰² Ibid., p. 265.

³⁰³ Ibid., p. 272.

física, mas a terão com grau absoluto de certeza. A existência de povo como categoria de conjunto de pessoas humanas que constituem um Estado leva à inelutável conclusão pela certeza da existência de pessoas no futuro, decorrência no mínimo de processos biológicos naturais, ressalvada a hipótese de destruição generalizada provocada por causas humanas ou naturais.

Há então que se indagar se seria admissível em face dessa certeza a existência futura de pessoas humanas, a aplicação, em relação a elas, da teoria do reconhecimento na dimensão da solidariedade, de modo a legitimar condutas por parte das pessoas presentes?

Como visto, a dimensão da solidariedade volta-se às relações intersubjetivas, considerados os indivíduos ou os grupos sociais. Esses indivíduos ou grupos compartilham interesses ou crenças que, se reconhecidos pelos demais, são respeitados e assegurados. A violação do reconhecimento na dimensão da solidariedade se dá pela degradação, e produz como reação potencial uma luta pelo reconhecimento, móvel moral dos conflitos sociais orientados ao retorno à condição de reconhecimento.

Teriam as gerações futuras interesses que, se violados, produziriam violação do reconhecimento na dimensão da solidariedade? Parece possível identificar com clareza ao menos um interesse objetivo inegável: o interesse em dispor de um meio ambiente adequado que lhes assegure uma vida digna. As condições ambientais adequadas são uma condição *sine qua non* para a existência digna. E, indo mais além, até mesmo para a sobrevivência da espécie humana.

É razoável afirmar, com grau de certeza elevado ou absoluto, que constituirá um interesse efetivo a ser perseguido pelas gerações futuras a manutenção de um meio ambiente adequado à existência humana digna. O interesse por um meio ambiente adequado e digno, no âmbito da teoria do reconhecimento, insere-se perfeitamente na dimensão da solidariedade. E o reconhecimento – no respeitante ao interesse das gerações futuras num meio ambiente adequado – pode ser violado e se consubstancia na degradação.

A degradação de que tratou Hegel e Honneth era por suposto uma degradação moral que, ao deixar de reconhecer interesses ou crenças de indivíduos ou grupos sociais lhes produzia dano moral na esfera da autoestima, mas também

potencial ou efetivo dano material.³⁰⁴ Neste sentido é defensável que a violação do reconhecimento das gerações futuras no que diz com o meio ambiente – dimensão da solidariedade – se dá pela degradação ambiental produzida pelas gerações presentes. A par da degradação material efetiva, também a degradação ambiental produz degradação moral das gerações futuras pelos efeitos negativos no âmbito da autoestima de que tratou Hegel.

Não se trata de mera suposição destituída de valor científico pela impossibilidade de comprovação empírica.

A dependência do ser humano em relação ao meio ambiente, tendo-o como condição material de existência física é constatação atemporal. Dispor de um meio ambiente adequado como condição de existência digna é um pressuposto ou premissa inquestionável, ao menos sob os elementos contemporâneos da ciência. Retirar das gerações futuras a condição material de existência digna implica violação do reconhecimento na dimensão da solidariedade pela via da degradação ambiental.

A formulação somente se tornará suficiente, com lastro na teoria do reconhecimento, se for possível completar a sua estrutura para contemplar a possibilidade da luta pelo reconhecimento.

Mediante a concepção hegeliana a luta por reconhecimento ocorre quando um indivíduo ou grupo social teve violado o reconhecimento em alguma de suas dimensões. A violação legitimaria uma reação adversa destinada ao retorno da condição de reconhecimento, que poderia legitimamente se valer da violência – caso das revoltas e das revoluções. Trata-se, na visão de Hegel, de uma conduta a ser praticada pelo próprio indivíduo ou pelos próprios grupos sociais titulares do interesse que se deixou de reconhecer.

As gerações futuras não têm existência física, logo, não poderiam, por óbvio, promover diretamente a luta pelo reconhecimento de seus interesses e, nessa perspectiva, deve integrar o interesse público presente.

Na dimensão da solidariedade, há o afastamento ou mesmo a supressão de interesses pessoais para prestigiar e proteger o interesse de outrem, indivíduo ou grupo. Nesse enfoque, a vida humana é um valor intrínseco a ser protegido e defendido.³⁰⁵ A perpetuação da vida na Terra e o valor intrínseco da vida humana

³⁰⁴ Honneth apresenta como exemplo as atrocidades cometidas contra os judeus pelo regime nazista.

³⁰⁵ Argumenta-se em favor do valor intrínseco da vida no sentido esposado por Ronald Dworkin ao sustentar que o Estado às vezes reclama para si o direito de proteger “a vida humana como um bem

constituem o móvel moral para a defesa de interesses das gerações futuras no que diz respeito ao meio ambiente.

O valor intrínseco da vida humana, inclusive das gerações futuras, insere-o na categoria de interesse público, no caso, dessas gerações.

E cabe ao Estado primordialmente proteger e tutelar o interesse público, como se tem sustentado ao longo deste trabalho.

Como cabe prioritariamente ao Estado zelar pelo interesse público das gerações futuras, é de se afirmar que a ele compete a luta pelo reconhecimento dos interesses das gerações futuras. Por igual, no condizente à degradação ambiental – forma de violação do reconhecimento das gerações futuras –, compete-lhe a reação e a adoção de todas as medidas necessárias à recomposição do reconhecimento transgredido, ou, em caráter preventivo, a evitar a violação do reconhecimento.

Com fundamento na teoria do reconhecimento, observa-se que há o substrato moral para as ações do Estado voltadas à preservação e à conservação ambiental no que se refere às gerações futuras.

O interesse público das gerações futuras – dimensão hegeliana da solidariedade – sob o aspecto ambiental, demanda do Estado condutas de duas espécies: ações destinadas a evitar a degradação ambiental, e ações destinadas a recompor o ambiente degradado e punir aqueles que desrespeitaram a cláusula do reconhecimento.

Acerca da prevenção e da conservação ambiental se inserem, ao lado do poder de polícia, do fomento, e da regulação, as ações de sustentabilidade na vertente ambiental. A luta por reconhecimento como motivo moral dos conflitos sociais, que na perspectiva das gerações futuras se dá por uma espécie de representação pelo Estado, pode ter como um instrumento efetivo – repise-se, ao lado das prerrogativas públicas que se inserem na própria noção de função pública, a utilização das contratações públicas. As contratações públicas podem efetivamente constituir um meio eficaz de luta pelo reconhecimento do direito das gerações futuras a um meio ambiente equilibrado, exigindo daqueles particulares que pretendam contratar com o Estado requisitos subjetivos e objetivos de sustentabilidade ambiental como condição para contratar.

intrínseco, um valor em si mesmo, totalmente distinto do valor que tem para a pessoa que é dona da vida em questão ou para qualquer outra pessoa”, o que denomina de uma responsabilidade destacada, pois “não deriva dos direitos e interesses dos indivíduos particulares, mas é independente deles”. (DWORKIN, 2006, p. 137).

Sem aprofundar o aspecto relativo aos meios de que dispõe o Estado para a luta pelo reconhecimento das gerações futuras, pode-se concluir que (i) a vida humana tem um valor intrínseco de interesse público presente; (ii) o valor intrínseco da vida humana se perpetua nas gerações futuras; (iii) um meio ambiente equilibrado e adequado constitui uma condição para a existência humana digna; (iv) as gerações futuras têm direito ao reconhecimento na dimensão da solidariedade, de um interesse efetivo na preservação do meio ambiente, condição para a sua própria existência digna; (v) a degradação ambiental presente viola o reconhecimento na dimensão da solidariedade; (vi) a luta pelo reconhecimento que defende Hegel não pode ser deflagrada diretamente pelas gerações futuras; (vii) o interesse das gerações futuras num meio ambiente que lhes assegure existência digna, por envolver o valor intrínseco da vida humana, é de interesse público presente; (viii) pode-se cogitar portanto, de uma categoria de interesse público das gerações futuras, que também cabe ao Estado tutelar, titularizando a luta por reconhecimento e superação da situação de transgressão dele; e (ix) a luta por reconhecimento de interesses públicos das gerações futuras na dimensão da solidariedade pode ter como instrumento as ações de sustentabilidade ambiental produzidas pelo Estado, como por exemplo, as contratações públicas sustentáveis. Foram expendidos argumentos orientados a demonstrar a possibilidade jurídica da extração de um princípio da supremacia do interesse público da Constituição de 1988, e foi apresentada uma hipótese de superação de oposição entre interesses no âmbito das relações intersubjetivas. Fazem-se imperiosas ainda algumas abordagens sobre o processo de formação do interesse público que pode ser reputado em posição de supremacia no âmbito do sistema constitucional.

6.4 O CONTROLE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTOS DE FORMAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE PÚBLICO E DA NOÇÃO DE SUPREMACIA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

O interesse público se afere a partir da coletividade e o seu conteúdo deve ser deduzido da vontade coletiva, que se expressa por intermédio da lei.

Não basta, entretanto, que determinado conteúdo seja expresso em lei formal para que possa ser reputado como interesse público legítimo. Os mecanismos formais de produção legislativo são uma condição necessária, mas insuficiente para a caracterização do interesse público legítimo. Imprescindível que a coletividade disponha de instrumentos para participar (i) do processo de elaboração legislativa e (ii) de execução das normas e instrumentos para exercer, direta ou indiretamente, o controle de atos e condutas administrativas.

Sem mecanismos de controle estatal, e sem instrumentos de participação popular na elaboração e na execução das normas, não se terá a formação legítima do interesse público, como a seguir se sustenta.

O Estado Administração, em concreto, manifesta-se no desempenho das competências previstas na Constituição por intermédio da função administrativa, materializado principalmente por intermédio de atos administrativos. Mesmo que se sustente, como faz Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, que tem viés autoritário (o ato administrativo), porquanto unilateral, e que por conta disso poderia ser substituído com vantagens democráticas pelo procedimento administrativo – relação jurídica – como forma típica e legítima da função administrativa, o ato administrativo é ainda a principal forma de expressão da função administrativa.

A produção de atos administrativos – “manifestação de vontade que visa à produção de efeitos jurídicos”³⁰⁶ – constitui o meio usual pelo qual o Estado, no realizar a função administrativa, concretiza finalidades de interesse público. Não é a única das formas. É certo que o Estado Administração também pode se valer da relação jurídico-contratual para a consecução de seus desideratos, por meio da denominada administração consensual. Isto é, aquela que se realiza com a colaboração de particulares, mas inegavelmente no sistema jurídico-administrativo brasileiro é de se reconhecer a centralidade do ato administrativo.

Essas formas de manifestação estatal, os atos administrativos, necessitam “da integração de certos elementos essenciais para a sua validade. A ausência ou o vício desses requisitos básicos tornará o ato administrativo inexistente, nulo ou anulável, segundo a intensidade da perturbação verificada em sua formação”³⁰⁷.

³⁰⁶TÁCITO, Caio. Ato e fato administrativo. In: _____. **Temas de direito público**. 1v. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 297.

³⁰⁷Ibid., p. 299.

É sabida a polêmica doutrinária envolvendo os elementos ou requisitos de validade dos atos administrativos. Para esta abordagem não se considerarão como significativas as diversas correntes doutrinárias a respeito, tornando possível operar o tema tão somente pelo reconhecimento de que um ato administrativo deve apresentar certa conformação jurídica e cumprir determinadas formalidades para que possa ser reputado válido. Os componentes comumente referidos pela doutrina são: competência, forma, objeto, finalidade, motivo e causa.³⁰⁸ Estes, se em consonância com o sistema jurídico constitucional e o ordenamento jurídico, conformam ato administrativo apto a legitimamente produzir efeitos jurídicos.

A constatação da compatibilidade dos aspectos jurídicos necessários à produção do ato administrativo se perfaz pela adição do controle, traduzido no exame de todos os aspectos do ato administrativo, com o propósito de atestar a adequação a normas, princípios e valores constitucionais vigentes num determinado tempo e espaço jurídico.

Nesta linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que o objeto do controle da Administração é o cotejo da conduta pública com a lei, com a conveniência ou com a oportunidade, definindo-o como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.³⁰⁹

José Afonso da Silva ressalta ainda o caráter instrumental do controle para a efetivação do princípio da legalidade, que seria ineficaz “se não se previssem meios de fazê-lo valer na prática”³¹⁰, notando que a função de fiscalização engloba esses meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o dever de boa administração.

O papel do controle destina-se a garantir a submissão da Administração à legalidade para impedir que desgarre de seus objetivos, desatenda às balizas legais ou ofenda interesses públicos ou dos particulares é também observada por Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que

³⁰⁸Apresentam semelhante composição para o ato administrativo, entre outros: BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 393; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202; TÁCITO, 1997, p. 297; e SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

³⁰⁹DI PIETRO, 2010, p. 729.

³¹⁰SILVA, 2004, p. 429.

no Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares.³¹¹

A finalidade do controle sob a perspectiva tradicional, pode-se perceber, é a de confirmar a adequação da conduta administrativa às normas que determinam a ação estatal.

Sob essa específica perspectiva o controle aparece como algo externo ao ato administrativo. Exercido previamente, de forma concomitante com a prática do ato ou posterior à sua edição, o controle pode ser observado de sua faceta mais evidente, como um componente extrínseco ao ato, não guardando com ele uma relação direta, senão quanto ao seu caráter funcional de contraste – entre o ato praticado e tudo nele que deva ser contrastado, e as normas que regem a sua edição.

Há outra possibilidade de compreender o controle, superando a ideia de que é um fator externo ao ato administrativo, para entendê-lo como pressuposto de sua existência,³¹² como elemento estrutural de sua própria formação legítima. Sob essa perspectiva, o controle pode deixar de ser visto como algo externo, de fora do ato ou da conduta, para ser considerado como estrutural, sem o qual o ato administrativo sequer teria existência.

Nessa lógica, um ato administrativo legítimo e democrático, nessa acepção, somente pode ter existência jurídica numa sociedade que tenha e mantenha um sistema constitucional ou legal de controle dos atos administrativos.

Reposicionando as formulações: a inexistência de mecanismos de controle administrativo não impediria a emissão de uma determinada conduta administrativa, mas tal conduta, não obstante pudesse produzir efeitos materiais jamais poderia ser

³¹¹BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 935.

³¹²A existência de que se trata não se confunde com a denominada força de existência do ato administrativo a que faz referência Hartmut Maurer. O autor apresenta duas categorias distintas de força de existência. A força de existência formal, que corresponde à coisa julgada formal do direito processual, vale dizer, à sua inimpugnabilidade; a força de existência material, pela qual se opera o efeito vinculativo, ou a eficácia jurídica do ato, e a anulabilidade limitada, pela qual se admite a retratação e a revogação à medida que a força de existência não se opõe a elas. (MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. São Paulo: Manole, 2006. p. 311-312.)

reputada existente diante da impossibilidade de ser contrastada com um determinado padrão de comportamento, previsto legal ou constitucionalmente.³¹³

Tal hipótese pode ser avaliada no plano das ideias, concebendo-se hipoteticamente aplicada a uma sociedade abstratamente constituída sem a instituição de mecanismos de controle da ação estatal. Pode ser, ainda, aludida a regimes autoritários ou totalitários, nos quais o poder é exercido sem qualquer contraste com uma referência normativa pautadora da ação administrativa. A inexistência de um sistema de controle da Administração implica inexistência dos atos por ela exarados.

Adverte Marcos Bernardes de Mello que no plano da existência não se cogita de invalidade ou de eficácia, importando apenas para a realidade da existência a constatação da composição total do suporte fático e a presença dos elementos nucleares do ato administrativo. Se assim não se verifica se está diante de um fato que não tem entrada no plano da existência, não havendo fato jurídico.³¹⁴

Inexistência do ato, portanto, não se confunde com validade, ou, como preceitua o mencionado autor, ser válido ou inválido já pressupõe a existência do fato jurídico, e o existir independe de que o fato jurídico seja válido ou eficaz. Citando Aubry e Rau, Bernardes de Mello avalia que

o ato inexistente segundo a concepção clássica seria aquele que não reuniria os elementos de fato supostos por sua natureza ou seu objeto e em cuja ausência seria logicamente impossível de conceber-lhe a existência e, por isso, deveria ser considerado não somente como nulo, mas como não havido³¹⁵.

Marcel Planiol segue igual raciocínio para afirmar que “um ato é inexistente quando lhe falta um elemento essencial à sua formação de modo que não se possa conceber o ato na ausência desse elemento”³¹⁶.

³¹³Tal concepção, admita-se, somente é possível a partir do reconhecimento de ato inexistente como uma categoria jurídica autônoma, o que não é uma posição unânime em doutrina.

³¹⁴MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

³¹⁵Ibid., p. 101.

³¹⁶PLANIOL apud MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da validade**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101.

Nessa ordem de ideias, o elemento de fato referencial para a existência do ato administrativo seria a existência de um sistema de controle legal e constitucionalmente previsto. Na ausência deste, inexistente seria o ato administrativo. Assim se pode conceber desde uma lógica circular: o Estado constitucional democrático de direito se justifica como instrumento de realização do interesse público, noção na qual se inserem os direitos e garantias fundamentais. O controle é meio para atestar o ajuste da conduta às determinações da Lei e da Constituição. Ausente o controle, deixa de existir qualquer possibilidade de constatação da adequação constitucional e legal da conduta pública.

Assim, a ausência de meios de controle da Administração impede a aferição do cumprimento dos propósitos constitucionais. Isso enseja reconhecer a ausência de um pressuposto de fato indispensável num Estado de Direito que se quer democrático, o que torna a inexistentes os atos administrativos editados.

Considerar inexistente um ato administrativo produzido num ambiente jurídico destituído de qualquer sistema de controle da Administração Pública tem repercussões importantes no plano concreto em relação aos seus efeitos. O ato inexistente não produz qualquer efeito jurídico, não demandando ser invalidado para a desconstituição do resultado material ou jurídico dele, vez que não produz qualquer resultado material ou jurídico.

Além do controle, a participação popular é uma ferramenta importante para a produção do interesse público legítimo, a amparar uma condição de supremacia.

A participação popular, qual o controle, tem papel fundamental na efetivação do interesse público e da afirmação de sua supremacia, porém, com caráter instrumental de ordem diversa. Enquanto o controle pode ser entendido como pressuposto de existência do ato administrativo –, a participação popular pode ser entendida como pressuposto de legitimidade e de juridicidade dele.

Como dito, o interesse público é algo a ser buscado por intermédio da ação estatal, constituindo o principal propósito do Estado a satisfação de fins coletivos, como reconhece Jürgen Habermas

a sociedade concentra no Estado a persecução de fins coletivos [...] a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica – que é a função própria do direito – essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política. Caso contrário desapareceria a tensão entre

facticidade e validade. A legitimidade seria assimilada à positividade de uma eticidade substancial imitada [...].³¹⁷

A fixação desse ponto de partida – ou de chegada – conforme se esteja a tratar de finalidade do Estado ou de legitimidade da ação estatal, estabelece um marco importante para a análise das condutas praticadas no tocante à função administrativa, mas carecedor de determinação e de redução de complexidade que lhe torne funcionalmente adequado sob a vertente constitucional.

A análise, porém, não pode se esgotar na fixação dessa premissa. É de se sustentar que a premissa somente faz sentido jurídico reputando-se que a noção de interesse público é produto do meio social, resultado de processo de trocas comunicativas decorrentes do direito de participação.

Somente quando assegurada a participação que se instauram legitimamente os processos de formação de vontade coletiva, pois como fixa Habermas

os sujeitos de direito assumem o papel de autores de sua ordem jurídica por meio de direitos fundamentais de participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.³¹⁸

Quanto à formação e à aplicação da vontade coletiva representativa do interesse público, instituído por norma legal ou constitucional, a ser legitimamente perseguido pelo Estado se pode classificar os atos de participação, para o fim proposto, em dois momentos: a) a participação no processo de elaboração da norma – âmbito da função legislativa; e b) a participação no processo de execução da norma – âmbito da função administrativa.

Primeiramente tome-se a análise do processo de formação da norma. Interesse público, para o fim de investigação de sua relação com a função administrativa é noção ou ideia abstrata e indeterminada, porém, determinável. Se

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 192.

³¹⁸ Ibid., p. 159.

assim não fosse, seria noção imprestável. A possibilidade efetiva de concreção e de determinação é que tornam possível reputá-lo um objetivo estatal.

A concreção e a determinação do interesse público são tarefas postas à responsabilidade do aplicador do direito.

Deixando de lado a hipótese de conferir legitimidade à norma tão somente pelo fato de ter sido produzida de acordo com os procedimentos legais e constitucionalmente previstos, a participação de toda a coletividade no processo de elaboração legislativa é uma das condições inafastáveis para que se possa concluir pela legitimidade daquilo que for apontado como um interesse público.

Não é o aspecto meramente formal que torna o direito legítimo. Nesse pormenor, adota-se a formulação de Habermas, para quem a legitimação do direito decorre da aceitação racional por parte dos membros da sociedade

o direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade [...] não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.³¹⁹

O processo de elaboração de normas, que conterão o interesse público a ser perseguido pelo Estado é forma de realização da soberania popular, ou como ressalta Habermas: o princípio de que todo o poder político parte do povo vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade.³²⁰

Evidenciada a impossibilidade física de participação direta no processo de elaboração das normas, o sistema representativo parlamentar constitui um mecanismo para assegurar a participação e conferir concretude à soberania popular.

A elaboração da vontade coletiva por intermédio das normas, no entender de Habermas, demanda o estabelecimento de relações comunicativas

³¹⁹ HABERMAS, 1997, p. 172.

³²⁰ Ibid., p. 173.

a formação pública da opinião e da vontade deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso em dois aspectos. Primeiro no sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações de modo que os resultados obtidos têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito, e, no sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são isentas de violência, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. No agir comunicativo os argumentos também formam motivos.³²¹

Habermas ressalta, pois, o agir comunicativo como instrumental para a formação legítima da vontade coletiva

o conceito de agir comunicativo, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas [...].³²²
[...] enquanto a linguagem é utilizada apenas como médium para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o agir comunicativo. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os respectivos planos através de processos de entendimento, portanto, pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários [...].³²³

Para Habermas,

o conceito elementar agir comunicativo explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente, que impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento.³²⁴

³²¹HABERMAS, 1997, p. 191.

³²²Ibid., p. 35.

³²³Ibid., p. 36.

³²⁴Ibid., p. 45.

Por intermédio do agir comunicativo, segundo Habermas, cria-se um direito legítimo, em situação na qual os sujeitos de direito assumem o papel de autores de sua ordem jurídica, desde que assegurados os direitos fundamentais de participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política.³²⁵

Neste sentido, aduz Habermas que

os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião da vontade do legislador servem para avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo [...] e de acordo com o princípio do discurso podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que participam de discursos racionais.³²⁶

Feitas as considerações acerca da teoria habermasiana da ação comunicativa e da sua importância no processo da formação da vontade coletiva por intermédio da elaboração legislativa, cabe indagar se o processo legislativo insculpido na Constituição de 1988 se adapta ao princípio do discurso de modo a produzir direito legítimo.

A Constituição Federal da República de 1988 determina que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente³²⁷.

No que diz respeito a direitos fundamentais com repercussão na elaboração legislativa, assegura que é livre a manifestação do pensamento³²⁸; o direito de reunião pacífica³²⁹; de associação³³⁰; de receber informações de órgãos públicos³³¹; de petição.³³²

³²⁵ HABERMAS, 1997, p. 159.

³²⁶ Ibid., p. 164. Adota-se tal concepção, não ignorando a crítica feita por Niklas Luhmann à tese habermasiana, citada por Marcelo Neves, que considerou idealista a tese de um discurso racional orientado para consenso como critério de legitimação do Estado Democrático de Direito, insinuando que Habermas seria o conservador por não considerar os excluídos, incapazes de participar ou não dispostos a contribuir para tal discurso (entrevista concedida à Revista Plural. Disponível em: <www.fflchusp.br/ds/plural/edicoes/11/entrevista_2_plural_11.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2012.).

³²⁷ Constituição Federal da República de 1988, Art. 1º, parágrafo único.

³²⁸ Ibid., Art. 5º, IV.

³²⁹ Ibid., Art. 5º, XVI.

³³⁰ Ibid., Art. 5º XVII.

³³¹ Ibid., Art. 5º, XXXIII.

³³² Ibid., Art. 5º, XXXIV, a.

Especificamente a respeito dos direitos políticos a Constituição Federal estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos³³³, e ainda por intermédio de plebiscito, referendo e iniciativa popular³³⁴, acrescentando que é ampla a elegibilidade,³³⁵ fixando alguns poucos limites perfeitamente razoáveis. Ainda disciplina a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos.³³⁶

No que diz respeito especificamente ao processo legislativo, igualmente são amplas as possibilidades constitucionais para efetivação da ação comunicativa, seja no âmbito das sessões e reuniões das casas parlamentares, seja no âmbito de reunião das comissões parlamentares.

Desta sorte, pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988 contém instrumentos efetivos para a aplicação do princípio do discurso e da ação comunicativa de modo a se poder afirmar que o direito produzido no Brasil é legítimo.

Desta conclusão decorre outra. Se o direito produzido no sistema constitucional vigente, por incorporar estratégias de ação comunicativa ao processo legislativo, é de se inferir que as normas que contemplem interesse público a ser perseguido pelo Estado se legitimaram por um processo que assegura a plenitude de participação e têm autorização constitucional para serem executadas, o que não afasta a existência de um espaço discricionário para a consecução do interesse público.

Este é, segundo Habermas um desempenho de poder administrativo legítimo: “o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado”³³⁷.

Ao exercer a função administrativa, nos termos do citado autor, a Administração Pública apenas dá cumprimento a normas prefixadas, mediante juízos impessoais, posicionando a atividade pública no âmbito da racionalidade pragmática

³³³Constituição Federal da República de 1988, Art. 14.

³³⁴Ibid., Art. 14, I, II, III.

³³⁵Ibid., Art. 14, § 2º.

³³⁶Ibid., Art. 17.

³³⁷HABERMAS, 1997, p. 212.

a administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e com a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – com é o caso de sujeitos do direito privado.³³⁸

No curso da execução das normas, “a realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos”³³⁹.

A amplitude de participação no processo de elaboração de conteúdo é essencial para a efetivação do interesse público, na medida em que a soberania popular não se esgota, e nem poderia, na produção legislativa. A produção fidedigna dos efeitos pretendidos pela norma é condição *sine qua non* de legitimidade da conduta administrativa.

Um sistema de normas deve sua legitimidade à qualidade da participação assegurada pelo ordenamento jurídico e pela Constituição.

Para além da legitimidade das normas está a legitimidade da ação administrativa orientada para a execução das normas.

Juarez Freitas posiciona a participação popular no sistema jurídico como um indispensável mecanismo de legitimação da conduta da Administração ao referir que “percebe-se forte e inovadora propensão de se adotarem mecanismos de controle social, consagradores do princípio da participação da sociedade”, reconhecendo a centralidade da participação popular no sistema jurídico.³⁴⁰

Dentre os mecanismos constitucionais e legais de participação popular no processo de execução das leis por intermédio da função administrativa aponta-se por primeiro, o princípio da publicidade dos atos administrativos. Instrumento de controle, assegura a potencialidade de participação na função executiva por levar ao conhecimento público a intenção da Administração Pública ou a informação sobre a efetiva concretização da intenção administrativa.

³³⁸HABERMAS, 1997, p. 239.

³³⁹Ibid., p. 232.

³⁴⁰FREITAS, 2004, p. 65.

Em segundo lugar, o direito de petição assegurado na plenitude possibilita a intervenção de particulares no âmago da Administração Pública, seja para requerer informações, seja para oferecer sugestões de conduta.

As audiências públicas constituem igualmente um instrumento concreto de participação. Por intermédio delas, em aplicação extensiva do princípio da publicidade, o Estado Administração apresenta projetos, programas ou atividades que intenciona realizar, e colhe da coletividade opiniões, críticas e avaliações pessoais e técnicas. Embora não tenham caráter vinculante, o resultado das audiências públicas pode influenciar a conduta pública inclusive em relação ao seu mérito.

A definição do destino dos recursos públicos pode sofrer intervenção direta da coletividade a ser beneficiada, valendo-se dos orçamentos participativos, mecanismo pelo qual a população indica em caráter plebiscitário as ações que deseja sejam custeadas com a utilização de recursos públicos.

Por fim, aquele que é o mais elementar e indispensável instrumento de participação, que é o direito a decisões administrativas motivadas, disponíveis e acessíveis.

A motivação, na linha da teoria do agir comunicativo, é mais do que requisito de validade do ato administrativo, mas verdadeiro pressuposto de legitimação, *conditio sine qua non* para que se reconheça como válido o ato. Trata-se de “meio linguístico por meio do qual as interações se interligam [...]”³⁴¹ especialmente em razão de que no agir comunicativo, os argumentos também formam os motivos [...]”³⁴².

Ressaltando a importância do discurso na configuração da motivação do ato administrativo, José Carlos Vieira de Andrade afirma que a fundamentação do ato administrativo constitui uma declaração de autoria, explícita e contextual,³⁴³ mas também compõe um discurso justificativo da decisão tomada por uma autoridade administrativa, que deverá sempre ser suficiente, não pode a argumentação contida na motivação ser dubidativa, ambígua ou obscura, do contrário não se pode compreender sequer o que determinou o agente a praticar aquele ato ou a escolher

³⁴¹HABERMAS, Jürgen. **Teoria da ação comunicativa**. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987. p. 20.

³⁴²HABERMAS, 1997, p. 191.

³⁴³ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 24.

aquele conteúdo, somente se podendo aceitar como fundamentação um discurso racional.³⁴⁴

A legitimidade de uma conduta estatal está condicionada à existência de instrumentos de participação popular na Administração Pública.

A existência de mecanismos que assegurem a potencialidade de participação, que poderá ocorrer ou não, de acordo com a vontade e o interesse dos titulares do direito gera presunção de legitimidade.

O controle e a participação popular são parte inafastável do Estado Democrático de Direito.

A soberania popular rigidamente fixada na Constituição Federal de 1988 impõe que os agentes públicos titulares transitórios de parcela de poder estatal produzam a implementação e a efetivação de mecanismos que garantam, pelas mais amplas formas jurídicas, que todo o ato administrativo seja produzido por intermédio de processos participativos; e que toda a conduta pública possa ser objeto de controle, prévio, concomitante e posterior.

Garantidos a participação popular no processo de formação e o controle da execução dos atos administrativos se estará a garantir a formação legítima do interesse público que pode ser alçado a uma posição de supremacia no ordenamento jurídico.

³⁴⁴ ANDRADE, 1992. p. 233-234.

7 CONCLUSÃO

A existência de um princípio da supremacia do interesse público dedutível diretamente da Constituição durante muito tempo constituiu verdadeiro axioma no âmbito do direito público, em especial no âmbito do direito administrativo, como salienta Romeu Felipe Bacellar Filho:

A presença ou ausência de igualdade, sob o enfoque intimista da relação jurídica, é utilizada comumente para distinguir a esfera do direito privado e do direito público. No direito público, a característica normal da verticalidade não só pelo exercício de prerrogativas reconhecidas ao Poder Público, mas também pela “supremacia” do interesse público. No direito privado, parte-se de uma concepção paritária entre as partes, nenhuma das quais exercendo (supostamente) um poder jurídico capaz de acarretar verticalização no seio da relação jurídica.³⁴⁵

A ideia de que sempre que o interesse público se postasse em rota de confronto ou em colisão com um interesse particular aquele deveria prevalecer serviu e serve de fundamento de legitimação da conduta administrativa, orientando e norteando decisões administrativas e judiciais.

Essa premissa, contudo, passou a ser objeto de profundos e importantes questionamentos – produzidos de modo a pretender demonstrar que, ao contrário de contribuir positivamente para a solução de problemas jurídicos, e de constituir um fundamento legítimo para a atuação estatal no exercício da função administrativa, uma ideia de supremacia do interesse público não cumpria tais desideratos.

Reversamente, partir de uma premissa de supremacia do interesse público sobre o interesse particular poderia consistir numa falsa base de legitimação da ação do Estado, induzindo os particulares a assimilarem que a mera invocação da condição de supremacia já conferiria o lastro jurídico para reputar legítima a ação administrativa.

De acordo com a corrente doutrinária que acolhe a inexistência de uma situação de supremacia do interesse público sobre o interesse particular, a ação

³⁴⁵BACELLAR FILHO, 2007, p. 64.

estatal não deveria se direcionar à satisfação de um indeterminado e abstrato interesse público, mas sim à satisfação de direitos fundamentais.

A legitimidade da ação estatal no exercício da função administrativa, portanto, estaria condicionada a um determinado direito fundamental, tornando, por consequência, ilegítimas as condutas públicas que não se direcionassem a satisfazer, proteger ou tutelar um direito fundamental.

Evidentemente, não se pode cogitar desrespeito a direitos fundamentais, ou que o Estado não tem o dever de zelá-los, tutelá-los e protegê-los. Os direitos fundamentais são exatamente oponíveis e destinam-se, entre outros propósitos jurídicos, a limitar o poder do Estado e assegurar liberdades individuais.

Seria indefensável juridicamente qualquer tese que pretendesse defender que direitos fundamentais pudessem ser ignorados ou subjugados pelo Estado como um a priori jurídico.

Entretanto, não se pode deixar de considerar a efetiva possibilidade jurídica de conflito entre direitos fundamentais de titulares diversos. Direitos fundamentais de primeira dimensão, como liberdade, igualdade ou propriedade, eventualmente podem sofrer limitação em relação a direitos fundamentais de igual hierarquia de titularidade de outrem. Liberdade e propriedade podem ser limitadas em relação a direitos fundamentais de solidariedade, como aqueles voltados à proteção ambiental. Inúmeras situações jurídicas podem ser invocadas.

O equilíbrio e a harmonia do sistema jurídico não são afetados e tampouco se cogita vício ou ilegitimidade quando, em juízo de ponderação concreta, se opta por garantir determinado direito fundamental em detrimento de outro. Convive-se cotidianamente com tais conflitos entre direitos fundamentais, inclusive no tocante a relações intersubjetivas privadas.

Pode-se argumentar que nessas hipóteses, quando uma das partes da relação jurídica for o Estado, e, em confronto dois direitos fundamentais, qualquer que seja o objeto da ação estatal, é um direito fundamental que está em jogo e daí o fundamento de legitimidade da conduta pública. Tal é verdadeiro. Porém a formulação não é suficiente para justificar e encontrar o fundamento de legitimação da ação estatal que não se direcione à proteção, tutela ou guarda de algum direito fundamental.

Consoante já se expôs, o plexo de competências do Estado no exercício da função administrativa contempla deveres inafastáveis, que devem ser realizados, e

que não mantêm qualquer relação com algum direito fundamental: a alteração da direção de uma via pública, a proibição do estacionamento em determinadas áreas, as limitações administrativas de cunho urbanístico, a ocupação temporária de bens e serviços do contratado para concluir o objeto de um contrato administrativo, as servidões aeroportuárias, as servidões de energia elétrica, o tombamento de imóveis ou de bens de relevante valor histórico, artístico ou cultural, a desapropriação, as ações administrativas que afetam as relações creditícias privadas, as ações administrativa que afetam o direito de posse.

No âmbito da polícia administrativa, as interferências estatais no direito de liberdade de iniciativa, da liberdade de reunião, da liberdade de utilização de bens públicos de uso comum pela cobrança de contraprestação na forma de preços públicos.

No que tange à intervenção do Estado na ordem econômica, as limitações impostas à iniciativa privada voltadas à proteção da livre concorrência; o dirigismo contratual – a impor severas restrições na liberdade contratual e de contratar privadas.

Ainda, merecem destaque as ações administrativas produzidas no âmbito das contratações administrativas. No âmbito dos contratos administrativos, a Administração Pública detém as denominadas prerrogativas exorbitantes, como, em especial, a de alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, e a de rescindir unilateralmente o vínculo contratual. A lei confere à Administração contratante o poder de acrescentar ou suprimir o objeto do contrato na sua dimensão ou em relação à sua qualidade, de forma unilateral, obrigando o contratado a aceitar tal ingerência no vínculo originário. Estabelece ainda a lei a prerrogativa de pôr fim ao vínculo contratual inclusive por razões de ordem discricionária, de conveniência e de oportunidade. O contrato administrativo é instrumento de administração pública consensual, nessa medida, instrumento para efetivação das atribuições que ao Estado determina a Constituição. Assim, tais prerrogativas constituem, mais do que um poder, um dever do Estado contratante. Tais prerrogativas devem ser exercidas independentemente de serem direcionadas a um direito fundamental.

Tem-se, pois, que as condutas relacionadas exemplificativamente podem, ou não, a depender do seu propósito, ter relação com a proteção ou persecução de direitos fundamentais.

A primeira conclusão, e que constitui ponto de partida para a investigação feita, é a de que há autorização constitucional e legal para o exercício de função administrativa e que não guarda nenhum vínculo com algum direito fundamental.

Em segundo lugar, a análise do processo de formação do Estado e dos diversos modelos jurídico-políticos de Estado conduz ao remate no sentido de que um dos elementos constantes e comuns, qualquer que seja o momento histórico considerado, é a existência de um interesse que não se confunde com o interesse privado ou com a mera somatória dos interesses privados. A sociedade se constitui e se organiza na forma de Estado, bem como se mantém assim estruturada, com vistas à satisfação de interesses públicos, de titularidade de todo o corpo social, que competem ao Estado implementar, zelar, preservar e respeitar.

A partir dessa constatação é possível afirmar, com lastro nos fundamentos acima expendidos, a existência de um princípio da supremacia do interesse público.

Como se concretiza ou afere o interesse público que justifica a posição de supremacia?

A existência de um interesse legítimo que possa ser reputado público pressupõe a existência de meios efetivos de controle, requisito de existência do ato administrativo, como adrede sustentado. Além do controle, um interesse para ser protegido e tutelado como público demanda a existência na sociedade de mecanismos de participação popular na formação da lei e da vontade administrativa.

De outra sorte, a expressão objetiva acerca do conteúdo de tal interesse e a sua relação com a atuação administrativa é fundamental. Assim, a motivação do ato administrativo é indispensável e constitutiva do interesse público a ser alçado a uma posição de supremacia no sistema jurídico.

Interesse público, então, pode ser definido como o propósito ou objetivo eleito e formado pela sociedade organizada por intermédio dos instrumentos de participação pública legítima, cuja efetivação cabe, não de forma exclusiva, mas principalmente ao Estado, que quando lhe dá concretude pelo exercício de função administrativa o faz prioritariamente editando atos administrativos devidamente motivados e submetidos a juízo de compatibilidade com a Lei e com a Constituição pelas formas de controle juridicamente possíveis.

É possível, pois, sustentar a existência de um princípio da supremacia do interesse público legitimamente formado. Resta concluir sobre se um princípio da

supremacia do interesse público constitui um óbice à efetivação dos direitos fundamentais.

Alguns dos interesses que cabem ao Estado cuidar e garantir constituem os denominados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, então, não constituem categoria autônoma e independente de interesse público. Vale dizer, somente se cogita da universalização de um determinado interesse, transmutando-o em direito, e, em especial, em direito fundamental, em princípio oponível em face do próprio Estado e de terceiros, porque isso é de interesse público. Um interesse somente se transforma em direito fundamental pela via constitucional porque isso é de interesse público.

Concluir de forma diversa implica admitir a possibilidade de que um interesse individual particular (ou de grupo determinado) possa ser elevado à categoria de direito. O interesse particular que não é universalizável constitui privilégio, e um privilégio não pode, por vício de legitimidade, se transformar em direito fundamental.

Os direitos fundamentais são, pois, espécie do gênero interesse público, que, contudo, a eles não se resume ou esgota.

O gênero interesse público contém, pois, a proteção dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos privados que não se categorizam como fundamentais, a proteção dos direitos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, a proteção dos direitos do Estado na qualidade de sociedade organizada juridicamente (interesse comum), proteção dos direitos coletivos, proteção dos direitos difusos e dos direitos individuais homogêneos.³⁴⁶

Particular forma de interesse público seriam aqueles de titularidade das gerações futuras.

A certeza absoluta da existência futura de pessoas humanas leva à necessidade de consideração de seus interesses potenciais. Tal consideração pode ser feita e justificada a partir da aplicação, em relação a elas, da teoria hegeliana do reconhecimento na perspectiva de Axel Honneth, na dimensão da solidariedade, para legitimar ações administrativas presentes orientadas à preservação das condições dignas de existência das gerações futuras.

³⁴⁶Formulação similar já foi anteriormente sustentada por Edis Milaré, que entende que o interesse público engloba o interesse geral, o interesse coletivo, o interesse difuso, o interesse individual homogêneo e o interesse individual indisponível (MILARÉ, Edis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10).

A dimensão da solidariedade revela-se nas relações intersubjetivas, considerados os indivíduos ou os grupos sociais. Tais indivíduos ou grupos compartilham interesses ou crenças que, se reconhecidos pelos demais, são respeitados e assegurados. A violação do reconhecimento na dimensão da solidariedade se dá pela degradação e produz como reação potencial uma luta pelo reconhecimento, móvel moral dos conflitos sociais orientados ao retorno à condição de reconhecimento.

Deve-se reconhecer que as gerações futuras têm interesses próprios, que, se transgredidos, produzirão violação do reconhecimento na dimensão da solidariedade.

As gerações futuras, pode-se afirmar, detêm inegável direito de dispor de um meio ambiente adequado que lhes assegure existência digna, e as condições ambientais adequadas são uma condição *sine qua non* para a existência digna, ou mesmo para a sobrevivência da espécie humana. Constituirá um interesse efetivo a ser perseguido pelas gerações futuras a manutenção de um meio ambiente adequado à existência humana digna.

O interesse por um meio ambiente adequado e digno, no âmbito da teoria do reconhecimento, insere-se perfeitamente na dimensão da solidariedade. E tal reconhecimento – acerca do interesse das gerações futuras num meio ambiente adequado – pode ser violado.

O interesse público das gerações futuras na dimensão da preservação ambiental constitui um argumento legitimador da ação administrativa presente voltada a ações de preservação e conservação do meio ambiente.

Percebe-se que, pela formulação acima proposta, o Estado, ao exercer a função administrativa, tem espectro de ação bastante mais amplo do que aquele delimitado por direitos fundamentais.

A perspectiva de que o Estado somente pode atuar para defender direitos fundamentais é eminentemente liberal e não se coaduna com o sistema jurídico-constitucional brasileiro, que tem viés claramente solidário e fraterno, objetivando por intermédio de programas expressos e claros, uma ação estatal abrangente e emancipatória, o que resta evidente, por exemplo, a partir do princípio da redução

das desigualdades sociais e regionais instalado como princípio da ordem econômica.³⁴⁷

Outro aspecto de relevância é a constatação de que somente haverá interesse público legítimo se aferido a partir de mecanismos de ampla participação, o que pode se dar na perspectiva da teoria da ação comunicativa habermasiana; e de que a adoção de mecanismos e sistemas de controle constitui pressuposto da própria existência do ato administrativo praticado sob o fundamento do interesse público.

Os diversos interesses (ou direitos) inseridos na categoria de interesse público podem entrar em conflito, o que é natural no âmbito do sistema jurídico. A superação de tal conflito pode ser obtida a partir de diversos métodos, como, por exemplo, o da ponderação valorativa preconizado por Dworkin e Alexy para a resolução de conflitos entre princípios. Tal método não é o mais adequado para a superação de conflitos de interesses públicos, eis que não se trata de princípios em confronto.

A possibilidade de superação pode ser empreendida a partir da racionalidade dialética hegeliana. Nessa perspectiva, o conflito entre interesses públicos, como um interesse geral da coletividade em contraste com um direito fundamental, não é um conflito de contraditórios, no qual a prevalência de um deles eliminaria o outro. Tal conflito é um conflito de contrários.

Entendidos como contrários, de acordo com a concepção dialética, a superação do conflito não se resolveria pela negação de um dos interesses, tal qual ocorreria no processo analítico, mas por intermédio de processo de superação dialética ou de negação dialética.

Na negação dialética hegeliana ocorre a supressão da tese, que não desaparece.

³⁴⁷Poder-se-ia cogitar de que ao atuar no sentido da redução das desigualdades sociais o Estado estaria a cumprir tal princípio, e não um princípio de uma suposta supremacia do interesse público. Exatamente o que se sustenta é que a própria existência de alguns princípios constitucionais se funda e legitima na supremacia do interesse público. À guisa de exemplo, se, por hipótese, uma modificação constitucional preconizasse, pela via do poder constituinte originário, derivado de uma revolução ou guerra civil, a instalação de um princípio da supremacia da raça branca, tal inserção constitucional careceria de legitimidade, pois jamais poderia haver um vínculo entre tal disposição constitucional e o interesse público (que é fundante e estrutural do Estado) – eis que tal interesse na supremacia de uma raça jamais poderia ser identificado com um interesse público.

A afirmação de que num caso concreto não tem aplicação o princípio da supremacia do interesse público não produz seu desaparecimento ou negação, mas apenas a alteração de sua qualidade (suprassunção).

No processo dialético, a supremacia do interesse público é o universal (tese) – o interesse (interesse privado ou direito fundamental) que está em jogo diante do Estado é o particular (antítese) –; esse interesse só faz sentido porque existe o Estado – representação do universal, assim a síntese é a volta para o universal –; o interesse privado ou o direito fundamental somente pode ser, e será reconhecido, se puder retornar ao universal.

De acordo com tal racionalidade, tendo a supremacia como tese e o interesse privado como antítese, a síntese será o caso concreto.

Quando no caso concreto, em contraste com um interesse público, houver prevalência de um interesse privado, isso se dará segundo a tese – a da supremacia do interesse público e a partir dela.

Segundo a racionalidade dialética, que se sustenta, qualquer que seja o resultado de uma aferição de caso concreto, prevalecerá o interesse público. Se um interesse privado for considerado e protegido, o será porque tal proteção é de interesse público. Se um direito fundamental for considerado e protegido, o será porque é de interesse público. Ao reverso, se um determinado interesse privado não foi protegido ou mesmo foi aniquilado, ou, se um determinado direito fundamental não foi protegido ou foi aniquilado, é porque não constituíam particularidade do universal e não podiam a ele ser remetidos, o que os descaracterizou como direitos a serem tutelados.

A partir da racionalidade apresentada, sustenta-se que, ao reverso de prejudicial à implementação, proteção, guarda ou tutela de direitos fundamentais, o princípio da supremacia do interesse público é um instrumento de efetivação daqueles.

Admitido que os direitos fundamentais integram a categoria ampla dos interesses públicos, afirmar que há supremacia do interesse público implica afirmar que há supremacia dos direitos fundamentais. Tal não se confunde, porém, com afirmar que o Estado somente pode atuar legitimamente se estiver a perseguir, ou a proteger um direito fundamental.

Em conclusão, é de se afirmar que o princípio da supremacia do interesse público tem existência e pode ser deduzido do sistema constitucional a partir da

essência fundante e estruturante do interesse público em relação ao Estado. Reconhecida a existência do princípio da supremacia do interesse público, pelas razões expostas, pode-se afirmar que constitui verdadeiro instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

_____. Direito administrativo. **Lições Policopiadas**, Lisboa, v. 2, 1988.

_____. **História das ideias políticas**. v. I. Coimbra: Almedina, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo. Pós-neoliberalismo. As políticas sociais e o estado democrático**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 8, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discrecionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1947.

_____. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. t.1.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 8, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.

_____. **Teoria das formas de governo**. 7. ed. Brasília: UnB, 1994.

_____. **Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRUSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis. (Org.). **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 1995.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 1991.

CAMPOS, Francisco. **Direito adminsitrativo**. v. 1. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. **Dialética para principiantes**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **A fundamentação dos direitos humanos. Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Pietro. O estado de direito: uma introdução histórica. In: _____. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Tratado de direito administrativo**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CROSSMAN, Richard Howard Stafford. **Biografia do estado moderno**. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O princípio da supremacia do interesse público. **Revista Interesse Público**, ano 11, n. 56, Belo Horizonte: Forum, jul./ago. 2009.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: _____. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito público**. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade. A leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1984.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990.

_____. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPANHA, Antonio Manuel. **As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal séc. XVII**. Coimbra: Almedina, 1994.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. (Teses).

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. 2. ed. v. 2. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____. **Tratado de derecho administrativo**. 12. ed. v. 1. Parte general. Madrid: Tecnos, 1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRARI, Franco. **Platão e a teoria dos princípios**. São Paulo: Edições Loyola, 2011. (Platão: Leituras).

FERNANDES, Florestan. **Fundamentos empíricos da explicação sociológica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Da competência constitucional administrativa**. Curitiba: Genesis, 1995.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. In: _____. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: _____. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Sustentabilidade. Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo. In: _____. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3. ed. t. 1 e 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

_____. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. t. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1988.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAY, John. **Liberalisms. Essays in Political Philosophy**. London: Routledge, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer.** Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Teoria da ação comunicativa.** Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 13. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da história.** Brasília: UnB, 1995.

_____. **Princípios da filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado.** São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos fundamentais e processo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HERÁCLITO. **Fragmentos contextualizados.** Rio de Janeiro: Difel, 2002.

HOBBS. **Vida e obra. Leviatã.** 3. ed. São Paulo: Abril, 1983.

HOBHOUSE, L. T. **Liberalism.** New York: Oxford University Press, 1964.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais.** São Paulo: 34, 2003.

JÈZE, Gaston. **Princípios generales del derecho publico.** v. II – La nocion de servicio publico. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una constitución?** 5. ed. Barcelona: Ariel, 1997.

LAUBADÈRE, Andre de. **Manual de derecho administrativo**. Bogotá, Colômbia: Temis Librería, 1984.

LAUBADÈRE, André de. et al. **Traité de droit administratif**. 12. ed. t. 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. Porto Alegre: S. Fabris, 1987.

LIMA, Ruy Cerne. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LISI, Francisco L. **A política platônica: o governo da cidade**. São Paulo: Loyola, 2011. (Platão: Leituras).

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MATTEI, Jean-François. **Platão**. São Paulo: Unesp, 2010.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. São Paulo: Manole, 2006.

_____. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Edis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda Constitucional n. 1 de 1969**. 2. ed. tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5. ed. Barueri: Manole, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do estado**. livro I. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NOGUEIRA, Alberto. Viagem ao direito do terceiro milênio. In: _____. **Justiça, globalização, direitos humanos e tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

NUNES, José de Castro. **Do estado federado e sua organização municipal**. Rio de Janeiro: Leite, Ribeiro e Maurílio, 1920.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Atica, 1962.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1983.

ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores).

_____. **Diálogos. Leis e Epínomis**. v. XII e XIII. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980.

RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade subjetiva e estado na filosofia política de Hegel**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.

RAMOS, Marcelo Maciel. A liberdade no pensamento de Hegel. In: _____. **Hegel: liberdade e estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REALE, Miguel. **Direito administrativo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coords.). **Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais na administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSENZWEIG, Franz. **Hegel e o estado**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ROSSI, Maria Fernanda Figueira **Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004,

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1990.

_____. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. São Paulo: Vozes, 1996.

ROYO, Javier Perez. **Curso de derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pelas mãos de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, José Anacleto Abduch. A lesão à ordem pública como fundamento da suspensão de medida liminar e de sentença. **Revista Trimestral de Direito Administrativo**, n. 42, São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Coord.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 845, 2006.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tirag. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do estado. Introdução**. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. São Paulo: Ícone, 1994. (Fundamentos de Direito).

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 84, São Paulo, 1987.

_____. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TÁCITO, Caio. Ato e fato administrativo. In: _____. **Temas de direito público**. 1v. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Do estado liberal ao estado do bem-estar social. In: _____. **Temas de direito público**. 1v. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. t. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

_____. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. 12. ed. t. 1 e 2. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais. Uma leitura das jurisprudências do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIRGA, Pietro. **Diritto amministrativo**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1994.

WADE, E. C. S; BRADLEY, A. W. **Constitutional and administrative law**. 11. ed. London: Longman, 1993.

WALINE, Marcel. **Droit administratif**. 8. ed. Paris, 1959.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. v. 1. Brasília: UnB, 1998.

WOLFF, Francis. **A crise do estado-nação. A invenção da política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

_____. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22raz%F5es+de+estado%22%29&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 9 jun. 2012.